BP-209E

Backgrounder

U.S. LEGISLATIVE PROTECTION FOR PUBLIC SECTOR WHISTLEBLOWERS

David Johansen

LAW AND GOVERNMENT DIVISION
April 1989

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

90-01905/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultations in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1989

Cat. No. YM32-2/209E
ISBN 0-660-13314-8

CE DOCUMENT EST AUSSI
PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

U.S. CONSTITUTIONAL PROTECTION 1

U.S. FEDERAL STATUTORY PROTECTION 2

A. Specific Statutory Anti-Retaliation Provisions 2
B. Civil Service Reform Act of 1978 4

EXAMPLES OF U.S. STATE LEGISLATION 13

A. California 13
B. Connecticut 18
C. New Jersey 22
D. New York 25

CANADA 28

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

U.S. LEGISLATIVE PROTECTION FOR PUBLIC SECTOR WHISTLEBLOWERS

INTRODUCTION

In the United States, there has been growing support for the protection of employees who act in the public interest by disclosing conduct by their employers that constitutes a breach of law or regulations, or that is otherwise contrary to public policy. A number of federal and state statutes have been enacted to promote such employee disclosure of information, which is known as "whistleblowing." Some statutes provide general protection against retaliation for certain employees who blow the whistle while others provide protection for employees exercising rights conferred by the specific statutes.

This paper is limited to a discussion of U.S. statutory protection (federal and state) for whistleblowers in the public sector. The paper also refers briefly to the present situation in Canada, where there is a lack of both the federal and provincial legislation protecting public sector whistleblowers. Finally, the paper refers to the Ontario Law Reform Commission recommendations for legislative protection for that province's public sector employees, modelled to some extent on the system in force at the federal level in the United States.

U.S. CONSTITUTIONAL PROTECTION

As a result of the 1968 U.S. Supreme Court decision in the case of Pickering v. Board of Education,(1) U.S. government employees who

---

(1) 391 U.S. 563 (1968).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

blow the whistle may derive some protection from the first amendment to the U.S. Constitution by relying on the balancing test set out in that case. That test requires a court to weigh the employee's interest, as a citizen, in free speech, and the public interest in such disclosure, against the resulting disruption to the operation and efficiency of the workplace.

Commentators have, however, suggested that the protection for a public sector employee is far from clear, particularly in cases which involve criticism of immediate superiors, or of a fellow employee with whom the whistleblower works in a confidential or policy-making position.(2)

Also, the rights of federal employees under the first amendment were severely restricted by the U.S. Supreme Court decision in Bush v. Lucas.(3) Essentially, as a result of this, if an administrative remedy is available, the federal employee must use that administrative remedy and cannot bring an independent tort action under the first amendment. However, if a federal employee is not covered under the federal administrative scheme (the Federal Civil Service Reform Act of 1978, referred to later), or if the administrative remedy does not cover the alleged retaliation, he or she may be able to use the first amendment.

U.S. FEDERAL STATUTORY PROTECTION

A. Specific Statutory Anti-Retaliation Provisions

A number of U.S. federal statutes that create rights for and impose duties upon employees contain protections against discharge or discipline for such employees who disclose wrongdoing by their employers in the exercise or performance of these rights or duties. Employees in both the public and private sectors are protected by such anti-retaliation provisions.

---

(2) See, e.g., R. Vaughn, "Statutory Protection of Whistleblowers in the Federal Executive Branch," University of Illinois Law Review, 1982, Vol. 3, pp. 615-667 at p. 639.

(3) 462 U.S. 367 (1983).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Such provisions are primarily found in federal statutes regulating employment. They generally prohibit employment reprisals against employees who complain to a specified public authority about their employer's breach of statutory duties, such as maintenance of safety in the workplace or payment of minimum wages, or against employees who claim a statutory benefit, such as worker's compensation. Examples include the whistleblower provisions in the Occupational Safety and Health Act,(4) the Fair Labour Standards Act,(5) and the Age Discrimination in Employment Act.(6)

As a general rule, these anti-retaliation provisions provide for reinstatement of an employee who has been subject to retaliation, and for compensation for loss of wages and seniority. Such provisions in some statutes also provide for civil sanctions against an employer who takes an employment reprisal, including the imposition of liability for the employee's legal costs and, where appropriate, exemplary damages.

Anti-retaliation provisions also appear in a number of other federal statutes. They are commonly included in environmental legislation, such as the Toxic Substances Control Act,(7) the Water Pollution Control Act,(8) and the Clean Air Act,(9) provisions of which protect any public or private sector employee who discloses potential employer violations of these environmental laws. The relevant provisions in these statutes are virtually identical and provide for an administrative investigation and hearing within the U.S. Department of Labor. Relief includes reinstatement, back pay, compensatory damages, and attorneys' fees. Some of the Acts also provide for the awarding of exemplary damages.

---

(4) 29 U.S.C.A., s. 660(c).

(5) 29 U.S.C.A., s. 215.

(6) 29 U.S.C.A., ss. 623(d), 631(a).

(7) 15 U.S.C.A., s. 2622.

(8) 33 U.S.C.A., s. 1367.

(9) 42 U.S.C.A., s. 7622.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

B. Civil Service Reform Act of 1978

While the above statutory provisions offer some protection for public and private sector whistleblowers in the U.S., the protection is generally limited to disclosure of specific statutory breaches. Federal public sector employees who have disclosed or who wish to disclose government wrongdoing are granted much broader protection under the Civil Service Reform Act of 1978,(10) hereinafter referred to as the CSRA. The Act has recently been amended by Public Law 101-12, the Whistleblower Protection Act of 1989,(11) which was signed by President Bush on 10 April 1989 and which takes effect 90 days following that date.

Under the CSRA, a federal public employee who believes that he or she has been subject to a reprisal for whistleblowing may seek relief in one of several ways. First, where the reprisal has been of a serious nature, such as a discharge or demotion, the employee may appeal directly to the Merit Systems Protection Board, established by the Act, alleging that a "prohibited personnel action" has been taken as a reprisal for whistleblowing.(12) Secondly, an employee who is subject to a collective agreement may be entitled to claim the CSRA protection as a defence to disciplinary action by the employer in the context of negotiated grievance procedures.(13) Finally, an employee may file a complaint with the Office

---

(10) The Act appears at 5 U.S.C.A., ss. 1201-1222 and 2302. Portions of the following summary of the Act are based on the discussion which appears in: Ontario, Law Reform Commission, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, 1986, at pp. 235-242.

(11) A copy of the Act appears in the Congressional Record, U.S. House of Representatives, 21 March 1989, at pp. H740-746.

(12) 5 U.S.C.A., s. 7701. Such an appeal may also allege other forms of "prohibited personnel practices," such as discrimination on the grounds of age, race or sex (s. 2302(b)(1)).

(13) Whistleblowing protection may be provided as a matter of contract. Many collective agreements governing federal public employees incorporate, by reference, as a term of the agreement, the protections established by the CSRA. Other collective agreements reproduce, in the agreement, the specific language of the anti-retaliation provision contained in the CSRA (i.e., 5 U.S.C.A., s. 2302(b)(8)).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of Special Counsel (OSC), also established under the CSRA, which is empowered to investigate the complaint and seek corrective action.(14)

In addition to providing retrospective protection for employees who have been subject to reprisal, the CSRA also creates a mechanism through which a prospective whistleblower, who might otherwise hesitate to make disclosure for fear of reprisal, may make disclosure anonymously to the OSC and thereby ensure that the information is brought to the attention of the appropriate authorities.

It should be noted that the CSRA does not provide protection for all federal public employees. Under the Act, the following positions are excluded:

> (i) a position which is excepted from the competitive service because of its confidential, policy-determining, policy-making, or policy-advocating character; or
>
> (ii) any position excluded from the coverage of this section by the President based on a determination by the President that it is necessary and warranted by conditions of good administration.(15)

In addition, the Act excludes:

> (i) a Government corporation;
>
> (ii) the Federal Bureau of Investigation, the Central Intelligence Agency, the Defense Intelligence Agency, the National Security Agency, and, as determined by the President, any Executive agency or unit thereof, the principal function of which is the conduct of foreign intelligence or counterintelligence activities; or
>
> (iii) the General Accounting Office.(16)

The Act prohibits an employment reprisal against an employee for a disclosure of information that the employee reasonably believes evidences:

---

(14) 5 U.S.C.A., s. 1212.

(15) 5 U.S.C.A., s. 2302(a)(2)(B).

(16) 5 U.S.C.A., s. 2302(a)(2)(C).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

(i) a violation of any law, rule or regulation; or

(ii) gross mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety.(17)

An "employment reprisal" may be in the form of any "personnel action," which is broadly defined in the Act to include such matters as discharges, performance evaluations, decisions concerning pay benefits and awards and "any other significant changes in duties or responsibilities."(18)

Under the above provision, protection is available to the whistleblower irrespective of to whom the disclosure is made, except in specified instances. Public disclosure of wrongdoing may be made by an employee under the Act as long as it is "not specifically prohibited by law" or is "not specifically required by Executive Order to be kept secret in the interest of national defense or the conduct of foreign affairs."(19)

Protected disclosure of government wrongdoing that falls within one of those confidential categories may be made under the Act to the OSC, the Inspector General of an agency,(20) or another employee designated by the head of the agency to receive such disclosures.(21)

As a result of the Whistleblower Protection Act of 1989, the OSC was created as an independent agency rather than as an independent component of the MSPB as it previously was. Its three primary responsibilities remain:

---

(17) 5 U.S.C.A., s. 2302(b)(8).

(18) 5 U.S.C.A., s. 2302(a)(2)(A).

(19) 5 U.S.C.A., s. 2302(b)(8)(A).

(20) Under the Inspector General Act of 1978, P.L. 95-492, 92 Stat. 1101 (1978) as amended, Congress created a mechanism for the establishment within each agency of government of an "Inspector General" who would be charged with the internal investigation of complaints and allegations made by employees of that agency.

(21) 5 U.S.C.A., s. 2302(b)(8)(B).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

(1) the investigation of allegations of activities prohibited by civil service law, rule or regulation, primarily allegations of prohibited personnel practices as defined in the CSRA and, if warranted, the initiation of a disciplinary or a corrective action;

(2) the provision of a "secure channel" through which allegations of waste, fraud, mismanagement, illegality, abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety may be made without fear of retaliation and without disclosure of identity except with the employee's consent; and

(3) the enforcement of the Hatch Act, which restrains partisan political activities of civil servants.(22)

Whistleblowing constitutes only a small portion of the matters that are directed to the OSC.

As a result of the 1989 amendments, the CSRA requires the Special Counsel to maintain the anonymity of a federal public employee who blows the whistle to him/her, unless the employee consents to disclosure of his/her identity or "unless the Special Counsel determines that disclosure of the individual's identity is necessary because of an imminent danger to public health or safety or imminent violation of any criminal law."(23) Previously the Act provided that the identity of the whistleblower could not be disclosed without his/her consent unless the Special Counsel determined that the disclosure of the identity of the whistleblower was "necessary in order to carry out the functions of the Special Counsel." It was apparently felt that to retain this provision could have seriously undermined efforts to encourage whistleblowers to come forward with disclosures. It would be unrealistic to expect whistleblowers to volunteer information if they risked the disclosure of their names and possible retaliation.

---

(22) "Report of the Office of the Comptroller General," in Hearings before the Subcommittee on Civil Service of the Committee on Post Office and Civil Service, House of Representatives, 1st Session, 99th Congress (1985), Serial No. 99-19, pp. 30-31, as cited in: Ontario, Law Reform Commission, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, 1986, at p. 238.

(23) 5 U.S.C.A., s. 1213(h).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Special Counsel, on receiving information from a federal employee, must determine whether there is a substantial likelihood that the information discloses a violation of any law, rule, or regulation or gross mismanagement, gross waste of funds, abuse of authority, or substantial and specific danger to public health and safety. If he/she decides there is such a likelihood, the information must be promptly transmitted to the appropriate agency head, who must investigate the matter and submit a written report regarding the alleged wrongdoing within a prescribed time.(24)

The written report must be reviewed and signed by the agency head, and must include the following information:

(1) a summary of the information with respect to which the investigation was initiated;

(2) a description of the conduct of the investigation;

(3) a summary of any evidence obtained from the investigation;

(4) a listing of any violation or apparent violation of any law, rule or regulation; and

(5) a description of any corrective action taken or planned as a result of the investigation, such as
(A) changes in agency rules, regulations or practices;
(B) the restoration of any aggrieved employee;
(C) disciplinary action against any employee; and
(D) referral to the Attorney General of any evidence of a criminal violation.(25)

The agency is not, however, authorized to disclose information that is specifically prohibited from disclosure by "any other provision of law" or specifically required by Executive Order to be kept secret in the interest of national defence or the conduct of foreign affairs.(26)

---

(24) 5 U.S.C.A., s. 1213(c)(1).

(25) 5 U.S.C.A., s. 1213(d).

(26) 5 U.S.C.A., s. 1213(i).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The agency's report must be submitted to the Special Counsel, who must in turn transmit a copy of it to the complainant whistleblower, unless it contains evidence of a criminal violation that has been referred to the Attorney General.(27) The complainant may also submit comments to the Special Counsel on the agency report within a prescribed time.(28) The Special Counsel must review the report and determine whether the findings of the agency head appear reasonable and whether the report contains the required information set out above.(29) The Special Counsel must then transmit the report, together with any comments provided by the complainant whistleblower and any appropriate comments or recommendations by the Special Counsel to the President, the congressional committees with jurisdiction over the agency which the disclosure involves, and the Comptroller General.(30)

Should the agency head fail to submit the report within the prescribed time, the Special Counsel must then transmit a copy of the information which has been sent to the agency head, to the President, the congressional committees with jurisdiction over the relevant agency, and the Comptroller General along with a statement noting the failure of the head of the agency to file the required report.(31)

The Special Counsel must maintain and make publicly available a list of those matters, other than criminal matters, that have been referred to agency heads and of reports by those heads. The Special Counsel must also take steps to ensure that the public list does not contain any information prohibited by law or Executive Order.(32)

---

(27) 5 U.S.C.A., s. 1213(e)(1).

(28) Ibid.

(29) 5 U.S.C.A., s. 1213(e)(2).

(30) 5 U.S.C.A., s. 1213(e)(3).

(31) 5 U.S.C.A., s. 1213(e)(4).

(32) 5 U.S.C.A., s. 1219.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Where the Special Counsel determines that there are reasonable grounds to believe that a prohibited reprisal has occurred, exists, or is to be taken, and requires corrective action, he/she must report this to the MSPB, the agency involved and the Office of Personnel Management, together with any findings or recommendations. He or she may also report such determination, findings and recommendations to the President. In the report, the Special Counsel may include recommendations for corrective action.(33) If, after a reasonable time, the agency has not taken that corrective action, the Special Counsel may petition the MSPB to do so.(34)

The 1989 amending legislation (Public Law 101-12) was the result of a compromise between Congress and the Bush Administration. President Reagan had unexpectedly vetoed a similar measure, Bill S508, on 27 October 1988 after the bill had passed by 418 votes to nil in the House of Representatives and by voice vote in the Senate. Since President Reagan vetoed the bill after the end of the congressional session, there was no opportunity for a vote in Congress to override his veto.

The main reason for the Whistleblower Protection Act of 1989 and the earlier Bill S508 was to eliminate two categories of impediments which had made it difficult for federal whistleblowers and other victims of prohibited personnel practices to win redress. One category included restrictive MSPB and federal court decisions. Specific provisions of the amending Act modify or overturn inappropriate administrative or judicial determinations and make it more likely that whistleblowers and other victims of prohibited personnel practices will win their cases.

The second category of impediments included those due to the policies of the OSC as based on the Special Counsel's view of its role. The clear intent of the Civil Service Reform Act of 1978 was that the Special Counsel should protect and defend the rights of employees who are victims of prohibited personnel practices. Nevertheless, the OSC had determined that its role was to protect the merit system.

---

(33) 5 U.S.C.A., s. 1214(b)(2)(A).

(34) 5 U.S.C.A., s. 1214(b)(2)(B).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The two divergent views of the role of the OSC do not conflict in most cases. However, it was noted that the Special Counsel's view had led to instances in which the Special Counsel had acted to the actual detriment of employees seeking help from that Office. Hence, the Whistleblower Protection Act of 1989 makes clear its purpose as follows:

> The purpose of this Act is to strengthen and improve protection for the rights of federal employees, to prevent reprisals, and to help eliminate wrongdoing within the government by:
> (1) mandating that employees should not suffer adverse consequences as a result of prohibited personnel practices; and
> (2) establishing:
> (A) that the primary role of the Office of Special Counsel is to protect employees, especially whistleblowers, from prohibited personnel practices;
> (B) that the Office of Special Counsel shall act in the interests of employees who seek assistance from the Office of Special Counsel; and
> (C) that while disciplining those who commit prohibited personnel practices may be used as a means by which to help accomplish that goal, the protection of individuals who are the subject of prohibited personnel practices remains the paramount consideration.(35)

A major change resulting from the above legislation was to establish the OSC as an independent agency rather than as a branch of the MSPB, as it previously was.

The 1989 amending legislation also makes it easier for a U.S. federal whistleblower (or the Special Counsel acting on the individual's behalf) to prove that a whistleblower reprisal has taken place. The legislation lowers the burden of proof for federal whistleblowers who have suffered reprisals, while raising the burden of proof for federal agencies defending their personnel decisions. The federal employee must prove by a preponderance of evidence that the whistleblowing was a contributing factor

---

(35) Whistleblower Protection Act of 1989, s. 2.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

in the employment reprisal.(36) This test is specifically intended to overrule case law which required a whistleblower seeking redress to prove that his protected conduct was a "significant," "motivating," "substantial" or "predominant" factor in an employment reprisal. If a whistleblower proves that whistleblowing was a contributing factor in such reprisal, the agency would have to demonstrate by "clear and convincing evidence" that it would have taken the same action in the absence of the whistleblowing.(37) "Clear and convincing evidence" is a higher standard than the "preponderance of evidence" standard previously used and which applies in most civil matters in American courts.

One of former President Reagan's concerns about Bill S508 was a provision that would have authorized the Special Counsel to obtain judicial review of most decisions of the MSPB in proceedings to which the Special Counsel is a party. Implementation of this provision, said the President, would place two Executive branch agencies before a federal court for resolution of a dispute between them. He stated that such litigation of intra-Executive branch disputes would conflict with the constitutional grant of the Executive Power to the President, which includes the authority to supervise and resolve disputes between his subordinates. He was also concerned that permitting the Executive branch to litigate against itself would conflict with the constitutional provisions to limit the exercise of the judicial power of the United States to actual cases or controversies between parties with concretely adverse interests.

The Attorney General, who had recommended President Reagan's veto in 1988, helped shape the compromise in the Whistleblower Protection Act of 1989, to alleviate some of the administration's concerns.

In addition to, among other things, clarifying the standard of proof for federal whistleblowers and employers, the Whistleblower Protection Act of 1989 also prevents the Special Counsel from appealing adverse decisions of the MSPB in federal court. This safeguard was included in the compromise to allay administration fears of having the

---

(36) 5 U.S.C.A., s. 1221(e)(1).

(37) 5 U.S.C.A., s. 1221(e)(2).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

federal government sue itself - an action the Attorney General believed to be unconstitutional. As a result of the compromise, Special Counsel is also prohibited from opposing a whistleblower in cases before the MSPB and is prevented from disclosing the name of a whistleblower unless it is necessary to protect the public health and safety.

EXAMPLES OF U.S. STATE LEGISLATION

At the state level, as at the federal level, a number of statutes contain anti-retaliation provisions protecting both public and private sector employees who complain to a specified public authority about breaches of their employers' statutory duties. Such provisions are most commonly found in employment statutes.

At present, at least 10 states have also enacted broad legislative provisions specifically designed to protect public sector whistleblowers. Those states are: Delaware, Indiana, Kansas, Kentucky, Maryland, Oregon, Texas, Utah, Washington and Wisconsin. At least another 10 states have enacted general legislation protecting both public and private sector whistleblowers; those states are: California, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, Louisiana, Maine, Michigan, New Jersey and New York.

For illustrative purposes, the legislative provisions protecting public sector whistleblowers in the states of California, Connecticut, New Jersey and New York will be discussed below.

A. California

In California, state employees who report improper governmental activities are protected from retaliation by their superiors by provisions in the Reporting of Improper Governmental Activities Act.(38)

This Act states that it is the intent of the California Legislature that "state employees and other persons should disclose, to the

---

(38) West's Annotated California Codes, Government Code, ss. 10540-10549.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

extent not expressly prohibited by law, improper governmental activities."(39) "Improper governmental activity" is defined as follows:

> "Improper governmental activity" means any activity by a state agency or by an employee which is undertaken in the performance of the employee's official duties, whether or not such action is within the scope of his employment, and which is (1) in violation of any state or federal law or regulation, including, but not limited to, corruption, malfeasance, bribery, theft of government property, fraudulent claims, fraud, coercion, conversion, malicious prosecution, misuse of government property, or willful omission to perform duty, or (2) is economically wasteful, or involves gross misconduct, incompetency, or inefficiency.(40)

An "employee," for purposes of the Act, is any individual appointed by the Governor or employed or holding office in a state department or agency.(41) The Act defines a "person" as "any individual, corporation, trust, association, any state or local government, or any agency or instrumentality of any of the foregoing."(42)

An anti-retaliation provision in the statute provides that:

> (a) An employee may not directly or indirectly use or attempt to use the official authority or influence of the employee for the purpose of intimidating, threatening, coercing, commanding, or attempting to intimidate, threaten, coerce, or command any person for the purpose of interfering with the right of that person to disclose to the Joint Legislative Audit Committee or the Auditor General matters within the scope of this [Act].
>
> (b) For the purpose of subdivision (a), "use of official authority or influence" includes promising to confer, or conferring, any benefit; effecting, or threatening to effect, any reprisal; or taking, or directing others to take, or recommending, processing, or approving, any personnel action, including, but not limited to, appointment, promotion, transfer, assignment, performance evaluation, suspension, or other disciplinary action.

---

(39) Ibid., s. 10541.

(40) Ibid., s. 10542.

(41) Ibid.

(42) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> (c) Any employee who violates subdivision (a) may be liable in an action for civil damages brought against the employee by the offended party.
>
> (d) Nothing in this section shall be construed to authorize an individual to disclose information otherwise prohibited by or under law.(43)

The Joint Legislative Audit Committee administers the Act through the Auditor General, and has the Auditor General investigate and report those improper governmental activities which it deems appropriate. Nothing precludes the Committee from exercising any authority conferred under the statute.(44)

Upon receiving specific information that any employee or state agency has engaged in an improper governmental activity, the Auditor General must notify the Joint Legislative Audit Committee, which may require the Auditor General to conduct an investigative audit of the matter. In addition, the Committee may direct the Auditor General to investigate incidents of improper governmental activities. The identity of the person providing the information which initiated the audit must not be disclosed without the written permission of that person, unless the disclosure is to a law enforcement agency conducting a criminal investigation.(45)

In conducting an investigative audit, the Committee or the Auditor General may request the assistance of a state department, agency or employee. No information obtained from the Auditor General by any department, agency or employee as a result of the request or any information obtained thereafter as a result of further investigation may be divulged or made known to any person without the prior approval of the Committee.(46)

If the Committee determines that there is reasonable cause to believe that an employee or state agency has engaged in any improper

---

(43) Ibid., s. 10543.

(44) Ibid., s. 10544.

(45) Ibid., s. 10545.

(46) Ibid., s. 10546.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

governmental activity, it must report the nature and details of the activity to the head of the employing agency, or the appropriate appointing authority. If appropriate, the Committee must report this information to the Attorney General, the policy committees of the Senate and Assembly with jurisdiction over the subject involved, or to any other authority.(47)

Neither the Auditor General nor the Committee has any enforcement power. Where either of them submits a report of alleged improper activity to the head of the employing agency or appropriate appointing authority, that person must report any resulting action taken back to the Committee or Auditor General. The first such report must be transmitted no later than 30 days after the date of the Committee's report and any others must be transmitted monthly thereafter until final action has been taken.(48)

Every investigative audit is to be kept confidential, except that the Committee may issue any report or release any findings that it deems necessary to serve the interests of the state.(49) The above provisions do not limit the authority conferred upon the Attorney General or any other department or agency of government to investigate any matter.(50)

The Act further stipulates that a state employee or applicant for state employment who files a written complaint with his or her supervisor, manager or the appointing authority alleging actual or attempted acts of reprisal, threats, coercion or similar improper acts prohibited by the statute may also file a copy of the complaint with the State Personnel Board, together with a sworn statement that the contents of the complaint are true, or are believed by the applicant to be true, under penalty of perjury. The complaint, if filed with the Board, must be filed within 12 months of the most recent alleged act of reprisal.(51)

---

(47) Ibid., s. 10547(a).

(48) Ibid., s. 10547(b).

(49) Ibid., s. 10547(c).

(50) Ibid., s. 10547(d).

(51) Ibid., s. 10548(a).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A person who intentionally engages in acts of reprisal, retaliation, threats, coercion, or similar acts against a state employee or applicant for state employment for having disclosed improper governmental activities, is subject to a fine not exceeding $10,000 and imprisonment in the county jail for up to a period of one year. Any state civil service employee who intentionally engages in that conduct must be disciplined as provided for by state law.(52)

In addition to all other specified penalties, such a person is liable in an action for damages brought against him or her by the injured party. The court may award punitive damages where the acts of the offending party are proven to be malicious. Where liability is established, the injured party is also entitled to reasonable attorney's fees as provided by law. However, no action for damages is available to the injured party unless that party has first filed a complaint with the State Personnel Board (as provided for above) and the Board has failed to reach a decision regarding any hearing conducted pursuant to s. 19683.(53)

The Act also states that the above provisions "are not intended to prevent an appointing power, manager or supervisor from taking, directing others to take, recommending, or approving any personnel action or from taking or failing to take a personnel action with respect to any state employee or applicant for state employment if the appointing power, manager or supervisor reasonably believes any action or inaction is justified on the basis of evidence separate and apart from the fact that the person has disclosed improper governmental activities..."(54)

Finally, if the State Personnel Board determines that there is a reasonable basis for an alleged violation, or finds an actual violation, of the anti-retaliation provision, it must transmit a copy of the investigative report to the Joint Legislative Audit Committee. All working papers pertaining to the investigative report must be made

---

(52) Ibid., s. 10548(b).

(53) Ibid., s. 10548(c).

(54) Ibid., s. 10548(d).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

available under subpoena in a civil action brought pursuant to the relevant provision of state law.(55)

B. Connecticut

In Connecticut, a provision in the law pertaining to state agencies stipulates that:

> (a) Any person having knowledge of any matter involving corruption, unethical practices, violation of state laws or regulations, mismanagement, gross waste of funds, abuse of authority or danger to the public safety occurring in any state department or agency may transmit all facts and information in his possession concerning such matter to the auditors of public accounts.(56)

The section further provides that the auditors of public accounts shall review the matter and report their findings and any recommendations to the Attorney General, who must then make such investigations as he deems proper, being assisted by the auditors. He has the power to summon witnesses, require the production of any necessary books, papers or other documents and administer oaths of witnesses. He is normally required to report his findings to the Governor or, in matters involving criminal activity, to the Chief State's Attorney. The auditors of public accounts and the Attorney General must not disclose the identity of a person giving information without that person's consent, unless they determine that such disclosure is unavoidable during the course of the investigation.(57)

The relevant provision also states that no "state officer or employee" and no appointing authority shall take or threaten to take any personnel action against any state employee in retaliation for such disclosure of information to the auditors of public accounts or the

---

(55) Ibid., s. 10549.

(56) Connecticut General Statutes Annotated, West Publishing Co., s. 4-61dd(a).

(57) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Attorney General. An employee alleging that such action has been threatened or taken may, within 30 days of learning of the specific incident, file an appeal with the employees' review board or, if he or she is covered by a collective bargaining contract, in accordance with the procedure it provides.(58)

An employee found to have knowingly and maliciously made false charges under the above provision is subject to disciplinary action by his appointing authority up to and including dismissal. Such action is subject to appeal to the employees' review board or, if the employee is included in a collective bargaining contract, the procedure it provides.(59)

For purposes of the above, the definition of "state officers and employees" is as follows:

> "state officers and employees" includes every person elected or appointed or employed in any office, position or post in the state government, whatever his title, classification or function and whether he serves with or without remuneration or compensation, including judges of probate courts and employees of such courts. In addition to the foregoing, "state officers and employees" includes attorneys appointed by the Public Defenders Services Commission as public defenders, assistant public defenders or deputy assistant public defenders, and attorneys appointed by the court as special assistant public defenders, the attorney general, the deputy attorney general and any associate attorney general or assistant attorney general, any other attorneys employed by any state agency, any commissioner of the superior court hearing small claims matters or acting as a fact-finder, arbitrator or magistrate or acting in any other quasi-judicial position, any person appointed to a committee established by law for the purpose of rendering services to the judicial department including, but not limited to, the legal specialization screening committee and the state bar examining committee, and

---

(58) Ibid., s. 4-61dd(b).

(59) Ibid., s. 4-61dd(c).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> any physicians or psychologists employed by any state agency.(60)

Another provision, this one contained in Connecticut's labour law, provides as follows:

> (b) No employer shall discharge, discipline or otherwise penalize any employee because the employee, or a person acting on behalf of the employee, reports, verbally or in writing, a violation or a suspected violation of any state or federal law or regulation or any municipal ordinance or regulation to a public body, or because an employee is requested by a public body to participate in an investigation, hearing or inquiry held by that public body, or a court action. No municipal employer shall discharge, discipline or otherwise penalize any employee because the employee, or a person acting on behalf of the employee, reports, verbally or in writing, to a public body concerning the unethical practices, mismanagement or abuse of authority by such employer. The provisions of this subsection shall not be applicable when the employee knows that such report is false.(61)

A "person" is defined as one or more individuals, partnerships, associations, corporations, business trusts, legal representatives or any organized group of persons.(62) An "employer" is defined as a person engaged in business who has employees, including the state and any political subdivision of the state.(63) An "employee" is defined as a person engaged in service to an employer in a business of his employer.(64) The term "public body" has the following meaning:

> (A) any public agency, as defined in subsection (a) of section 1-18a, or any employee, member or officer

---

(60) Ibid., s. 4-141.

(61) Connecticut General Statutes Annotated, West Publishing Co., s. 31-51m(b).

(62) Ibid., s. 31-51m(a)(1).

(63) Ibid., s. 31-51m(a)(2).

(64) Ibid., s. 31-51m(a)(3).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> thereof, or (B) any federal agency or any employee, member or officer thereof.(65)

"Public agency," as referred to above, is defined in s. 1-18a as follows:

> "Public agency" or "agency" means any executive, administrative or legislative office of the state or any political subdivision of the state and any state or town agency, any department, institution, bureau, board, commission, authority or official of the state or of any city, town, borough, municipal corporation, school district, regional district or other district or other political subdivision of the state, including any committee of any such office, subdivision, agency, department, institution, bureau, board, commission, authority or official, and also includes any judicial office, official or body or committee thereof but only in respect to its or their administrative functions.

Another subsection of the same provision states that an employee who is discharged, disciplined or otherwise penalized by his employer in violation of the anti-retaliatory provision cited above, may, after exhausting all available administrative remedies, bring a civil action, within a specified time, for the reinstatement of his previous job, payment of back wages and reestablishment of employee benefits lost through such violation.(66) This will be done in the superior court for the judicial district where the violation is alleged to have occurred or where the employer has its principal office.

An employee found to have knowingly made a false report is subject to disciplinary action by his employer up to and including dismissal.(67)

The above provision is not to be construed to diminish or impair the rights of a person under any collective agreement.(68)

---

(65) Ibid., s. 31-51m(a)(4).

(66) Ibid., s. 31-51m(c).

(67) Ibid.

(68) Ibid., s. 31-51m(d).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. New Jersey

In New Jersey, employees who blow the whistle in both the public and private sectors are protected from retaliatory action by the same statutory provisions contained in the Conscientious Employee Protection Act.(69)

The relevant provision states:

> An employer shall not take any retaliatory action against an employee because the employee does any of the following:
> a. Discloses, or threatens to disclose, to a supervisor or to a public body an activity, policy or practice of the employer that the employee reasonably believes is in violation of a law, or a rule or regulation promulgated pursuant to law;
> b. Provides information to, or testifies before, any public body conducting an investigation, hearing or inquiry into any violation of law, or a rule or regulation promulgated pursuant to law by the employer; or
> c. Objects to, or refuses to participate in, any activity, policy or practice which the employee reasonably believes:
> (1) is in violation of a law, or a rule or regulation promulgated pursuant to law;
> (2) is fraudulent or criminal; or
> (3) is incompatible with a clear mandate of public policy concerning the public health, safety or welfare.(70)

For purposes of the Act, the following definitions are relevant:

> a. "Employer" means any individual, partnership, association, corporation or any person or group of persons acting directly or indirectly on behalf of or in the interest of an employer with the employer's consent and shall include all branches of State Government, or the several counties and municipalities thereof, or any other political subdivision of the State, or a school district, or any special district,

---

(69) New Jersey Statutes Annotated, West Publishing Co., Title 34, ss. 34:19-1 to 34:19-8.

(70) Ibid., s. 34:19-3.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

or any authority, commission, or board or any other agency or instrumentality thereof.

b. "Employee" means any individual who performs services for and under the control and direction of an employer for wages or other remuneration.

c. "Public body" means:
(1) the United States Congress, and State legislature, or any popularly-elected local governmental body, or any member or employee thereof;
(2) any federal, State, or local judiciary, or any member or employee thereof, or any grand or petit jury;
(3) any federal, State, or local regulatory, administrative, or public agency or authority, or instrumentality thereof;
(4) any federal, State, or local law enforcement agency, prosecutorial office, or police or peace officer;
(5) any federal, State, or local department of an executive branch of government; or
(6) any division, board, bureau, office, committee, or commission of any of the public bodies described in the above paragraphs of this subsection.

d. "Supervisor" means any individual with an employer's organization who has the authority to direct and control the work performance of the affected employee, who has authority to take corrective action regarding the violation of the law, rule or regulation of which the employee complains, or who has been designated by the employer on the notice required under section 7 of this Act.

e. "Retaliatory action" means the discharge, suspension or demotion of an employee, or other adverse employment action taken against an employee in the terms and conditions of employment.(71)

The Act states that protection against retaliatory action for disclosure to a public body must not apply to an employee unless the employee has first brought the relevant activity, policy or practice to the

---

(71) Ibid., s. 34:19-2.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

attention of a supervisor by written notice and has afforded the employer a reasonable opportunity to correct the activity, policy or practice. Under the Act, where the situation is urgent, such disclosure to the supervisor would not be required if the employee was reasonably certain that the activity, policy or practice was known to one or more supervisors or if the employee reasonably feared physical harm as a result of the disclosure.(72)

If any of the provisions of the Act are violated, an aggrieved employee or former employee may institute a civil action in a court of competent jurisdiction, within one year. The court may order relief, which may include the following:

> a. An injunction to restrain continued violation of this act;
>
> b. The reinstatement of the employee to the same position held before the retaliatory action, or to an equivalent position;
>
> c. The reinstatement of full fringe benefits and seniority rights;
>
> d. The compensation for lost wages, benefits and other remuneration;
>
> e. The payment by the employer of reasonable costs, and attorney's fees;
>
> f. Punitive damages; or
>
> g. An assessment of a civil fine of not more than $1,000.00 for the first violation of the act and not more than $5,000.00 for each subsequent violation, which shall be paid to the State Treasurer for deposit in the General Fund.(73)

A court may also award reasonable attorney's fees and court costs to an employer if it determines that an action brought by an employee under the Act was without basis in law or in fact. The same section

---

(72) Ibid., s. 34:19-4.

(73) Ibid., s. 34:19-5.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

provides, however, that an employee would not be assessed attorney's fees if, after exercising reasonable and diligent efforts after filing a suit, he or she filed a voluntary dismissal of the employer, within a reasonable time of the determination that the employer would not be found liable for damages.(74)

Another provision requires that the employer conspicuously display notices of its employees' protections and obligations under the Act, and use other appropriate means to keep its employees informed. Each posted notice must include the name of the person(s) designated by the employer to receive written notifications pursuant to the Act.(75)

Finally, the Act stipulates that nothing in it shall be deemed to diminish the rights, privileges or remedies of any employee under any other federal or State law or regulation or under any collective bargaining agreement or employment contract, except that the institution of an action in accordance with the Act shall be deemed a waiver of the rights and remedies available under any other contract, collective bargaining agreement, State law, rule or regulation or under the common law.(76)

D. New York

In New York State, the relevant legislative provision protecting public sector whistleblowers states as follows in paragraph (a):

> (a) A public employer shall not dismiss or take other disciplinary or other adverse personnel action against a public employee regarding the employee's employment because the employee discloses to a governmental body information: (i) regarding a violation of a law, rule or regulation which violation creates and presents a substantial and specific danger to the public health or safety; or (ii) which the employee reasonably believes to be true and reasonably believes constitutes an improper governmental action. "Improper governmental

---

(74) Ibid., s. 34:19-6.

(75) Ibid., s. 34:19-7.

(76) Ibid., s. 34:19-8.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> action" shall mean any action by a public employer or employee, or an agent of such employer or employee, which is undertaken in the performance of such agent's official duties, whether or not such action is within the scope of his employment, and which is in violation of any federal, state or local law, rule or regulation.(77)

Paragraph (b) states that prior to disclosing information pursuant to paragraph (a), an employee must have made a good effort to provide the appointing authority with the information and to have given it a reasonable time to take appropriate action unless there is imminent and serious danger to public health or safety. An employee who acts pursuant to paragraph (b) is deemed to have disclosed information to a governmental body under paragraph (a).

The following are the relevant definitions for purposes of the above provision:

> 1. For the purposes of this section, the term:
>
> (a) "Public employer" or "employer" shall mean (i) the state of New York, (ii) a county, city, town, village or any other political subdivision or civil division of the state, (iii) a school district or any governmental entity operating a public school, college or university, (iv) a public improvement or special district, (v) a public authority, commission or public benefit corporation, or (vi) any other public corporation, agency, instrumentality or unit of government which exercises governmental power under the laws of the state.
>
> (b) "Public employee" or "employee" shall mean any person holding a position by appointment or employment in the service of a public employer except judges or justices of the unified court system and members of the legislature.
>
> (c) "Governmental body" shall mean (i) an officer, employee, agency, department, division, bureau, board, commission, council, authority or other body of a public employer, (ii) employee, committee, member, or

---

(77) New York Consolidated Laws Service, The Lawyers Co-operative Publishing Co., Civil Service Law, s. 75-b(2)(a).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> commission of the legislative branch of government, (iii) a representative, member or employee of a legislative body of a county, town, village or any other political subdivision or civil division of the state, (iv) a law enforcement agency or any member or employee of law enforcement agency, or (v) the judiciary or any employee of the judiciary.
>
> (d) "Personnel action" shall mean an action affecting compensation, appointment, promotion, transfer, assignment, reassignment, reinstatement or evaluation of performance.(78)

An employee subject to dismissal or other disciplinary action under a final and binding arbitration provision, or other disciplinary procedure in a collectively negotiated agreement, or under provision of New York State or local law, may assert as a defence before the designated arbitrator or hearing officer that he or she reasonably believes the disciplinary action would not have been taken but for the whistleblowing. The merits of this argument must be determined as part of the arbitration award or hearing officer decision. If there is a finding that the disciplinary action was based solely on employer violation of the anti-retaliation provision, the arbitrator or hearing officer must dismiss or recommend dismissal of the disciplinary proceeding. If appropriate, the employee will be reinstated with back pay, or, in the case of an arbitration procedure, may take other action permitted in the collective agreement.(79)

An employee, whose collective agreement prohibits the employer from taking adverse retaliatory personnel actions and provides for a final and binding arbitration to resolve alleged violations of such provisions, may assert before the arbitrator that he or she reasonably believes that the action would not have been taken but for the whistleblowing. If the arbitrator determines the adverse personnel action was based on a violation by the employer of the anti-retaliatory provision,

---

(78) Ibid., s. 75-b(1).

(79) Ibid., s. 75-b(3)(a).

he/she may take such remedial action as is permitted by the collective agreement.(80) Where an employee is not subject to the above provision, he or she may commence an action in a court of competent jurisdiction under specified terms and conditions.(81)

Finally, the legislation provides that nothing in these provisions shall diminish or impair the rights of a public employee or employer under any law, rule, regulation or collective agreement or prohibit any personnel action which would have been taken regardless of the disclosure of information.(82)

CANADA

At present, there is no federal or provincial legislation in Canada that provides the same broad protection for public sector whistle-blowers as in the United States at the federal level and in some of the states.

There are a number of Canadian federal and provincial statutes, most notably those pertaining to employment or environmental matters, which protect employees within the Act's jurisdiction against retaliation for exercising rights conferred by the statute. For example, a provision in the Canadian Environmental Protection Act(83) stipulates that:

> 58.(1) Where a person has knowledge of the occurrence or reasonable likelihood of a release into the environment of a substance in contravention of a regulation made under section 54, but the person is not required to report the matter under this Act, the person may report any information relating to the release or likely release to an inspector or to such person as is designated by the regulations.

---

(80) Ibid., s. 75-b(3)(b).

(81) Ibid., s. 75-b(3)(c).

(82) Ibid., s. 75-b(4).

(83) S.C. 1988, c. 22.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> (2) A person making a report under subsection (1) may request that the person's identity and any information that could reasonably reveal the identity not be released.
>
> (3) Where a person makes a request under subsection (2), no person shall release or cause to be released the identity of the person making the request or any information that could reasonably be expected to reveal the identity, unless the person making the request authorizes the release in writing.
>
> (4) Notwithstanding any other Act of Parliament, no employee of a department, board or agency of the Government of Canada, or of a corporation to which any regulations made under section 54 apply, shall be disciplined, dismissed or harassed for making a report under this section or section 57.

For the most part, public sector employees who blow the whistle in Canada are forced to rely on the protection offered by the common law. At common law, an employee owes his or her employer the general duties of loyalty, good faith and, in appropriate circumstances, confidentiality.(84) Loyalty embraces the obligation to perform assigned work diligently and skilfully, to refrain from any sort of deception related to the employment contract, to avoid any relationships, remunerative or otherwise, giving rise to an interest inconsistent with that of the employer, and to conduct oneself at all times so as not to be a discredit to one's employer.(85) The duty of good faith requires an employee to perform assigned tasks according to the best interests of his or her employer.(86) Finally, an employee may be under a duty to keep certain

---

(84) Ontario Law Reform Commission, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, Ministry of the Attorney General, 1986, p. 35.

(85) Ibid.

(86) Ibid., p. 36.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

information confidential until released from that duty by the employer. This duty may arise by contract, or it may be imposed by equity on an employee whenever the employer entrusts to him or her "confidential" information on the understanding that such information is not to be disclosed without authorization. A general duty of confidentiality may arise by virtue of a particular relationship between the employer and the employee.(87)

An employee may feel compelled to breach these duties and to reveal a confidence or some information, believing that to do so is in the public interest. When such a breach occurs, employers routinely take disciplinary actions which may, of course, include dismissal. In the face of such punishment, some employees have sought protection from the courts or, if they were governed by a collective agreement, through a grievance procedure.

The courts have permitted a very limited "public interest" defence in these cases when the wrongdoing has been serious and the public's interest in disclosure is clear. They have emphasized the need for the employees to use internal remedies first, to be sure of their facts and to exercise good judgment in their actions. Arbitrators have applied similar criteria. In general, it may be said that the range of protection for employees is narrow and that they may seriously jeopardize their careers when they breach their duties to their employers.

A government employee owes the same duties of loyalty, good faith and confidentiality as do employees of other employers; this may conflict with the public interest in open government, the proper expenditure of public money, public health and so on.

In a report(88) released in 1986, the Ontario Law Reform Commission (OLRC) concluded that government employees should not have to rely on the limited common law "public interest" defence alone if they are

---

(87) Ibid.

(88) Ontario Law Reform Commission, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, Ministry of the Attorney General, 1986.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

disciplined for whistleblowing but rather should be given statutory protection. More important, they should have access to a system whereby they could make their revelations in confidence to an impartial third party, have them investigated and made public if warranted.

The OLRC recommended the creation of an Office of Special Counsel (OSC) modelled to some extent on the system in effect for U.S. federal employees and discussed earlier in this paper. The OSC would serve to legitimize disclosure of serious government wrongdoing. Government employees would be protected from retaliatory action if they revealed information that ought in the public interest to be disclosed, or a violation of any law or regulation, mismanagement, waste of funds, abuse of authority, danger to health or safety, and other similar wrongdoing.

Briefly, the OSC procedure would operate as follows:

- a concerned employee would disclose the information in confidence to the Special Counsel;
- if the Counsel felt the information constituted evidence of government wrongdoing that ought to be disclosed in the public interest, he or she would request a report from the agency concerned;
- the report would be due in 30 days, or earlier if necessary;
- the agency report and the employee's information would be placed in a public file if the Counsel felt there was evidence of wrongdoing, unless making the information public would prejudice any police or other investigation;
- if the agency argued that the information required for its report was confidential, the Counsel could apply to a court for an order to release it; the court would weigh the public interest in disclosure against the asserted need for confidentiality.

Finally, in addition to the role just described, the Special Counsel would be available to give employees a preliminary opinion as to whether government wrongdoing had taken place. Employees could bypass the Special Counsel procedure and take their chances with the common law defence if disciplined, but the OLRC expected that the Special Counsel procedure would be used in most cases.

BP-209F

Étude générale

LA PROTECTION ACCORDÉE PAR LA LOI AMÉRICAINE AUX DÉNONCIATEURS DANS LE SECTEUR PRIVÉ

David Johansen

DIVISION DU DROIT ET DU GOUVERNEMENT
Avril 1989

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1989

N° de cat. YM32-2/209F
ISBN 0-660-92714-4

THIS DOCUMENT IS ALSO
PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION..... 1

PROTECTION ACCORDÉE PAR LA CONSTITUTION AMÉRICAINE..... 2

PROTECTION EN VERTU DES LOIS FÉDÉRALES AMÉRICAINES..... 3

A. Dispositions légales précises interdisant les mesures de représailles..... 3

B. Civil Service Reform Act of 1978 (loi de 1978 sur la réforme de la Fonction publique)..... 4

EXEMPLES DE MESURES LÉGISLATIVES AUX ÉTATS-UNIS..... 14

A. Californie..... 15

B. Connecticut..... 20

C. New Jersey..... 24

D. New York..... 27

CANADA..... 30

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA PROTECTION ACCORDÉE PAR LA LOI AMÉRICAINE AUX DÉNONCIATEURS DANS LE SECTEUR PUBLIC

INTRODUCTION

Aux États-Unis, on est de plus en plus d'accord avec l'idée de protéger les employés qui agissent dans l'intérêt général en rendant publique la conduite de leurs employeurs lorsque celle-ci viole la loi ou les règlements existants, ou contrevient d'une autre façon à l'intérêt public. Un certain nombre de lois ont été adoptées au niveau fédéral et dans divers États afin d'encourager les fonctionnaires à révéler ce type de renseignements. Certaines lois offrent une protection générale contre toutes les mesures de représailles qui pourraient être prises à l'égard d'employés qui font ces révélations tandis que d'autres ne protègent les employés que lorsqu'ils exercent des droits que leur confèrent d'autres lois.

Le présent document ne porte que sur la protection légale accordée aux É.-U. (niveau fédéral et États) aux employés de la Fonction publique qui dénoncent des méfaits commis par l'employeur. Il expose aussi brièvement la situation qui existe actuellement au Canada, où aucune loi n'a encore été adoptée tant au palier fédéral que provincial pour protéger les dénonciateurs dans le secteur public. Enfin, il fait état des recommandations de la Commission de réforme du droit de l'Ontario visant à accorder aux employés du secteur public de cette province une protection législative qui reprendrait certains éléments du système en vigueur au sein de l'administration fédérale américaine.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

PROTECTION ACCORDÉE PAR LA CONSTITUTION AMÉRICAINE

À la suite de la décision rendue en 1968 par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Pickering c. Board of Education(1), les employés du gouvernement américain qui dénoncent des méfaits commis par l'employeur peuvent bénéficier d'une certaine protection en invoquant le premier amendement à la Constitution américaine et le critère de la mise en balance énoncé dans cette cause. Ce critère oblige un tribunal à évaluer l'intérêt que l'employé a, à titre de citoyen, à parler librement ainsi que l'intérêt que le public a à ce que ces révélations soient faites, à la lumière des perturbations qu'entraînera cette dénonciation pour le fonctionnement et l'efficacité du milieu de travail.

Les observateurs ont toutefois suggéré que la protection dont bénéficie l'employé du secteur public est loin d'être claire, particulièrement lorsqu'il y a critique des supérieurs immédiats ou d'un collègue avec lequel le dénonciateur travaille sur des dossiers confidentiels ou relatifs à l'élaboration des politiques(2).

De plus, les droits des employés fédéraux en vertu de ce premier amendement ont été grandement limités par la décision rendue par la Cour suprême des É.-U. dans l'affaire Bush c. Lucas(3). Cette décision dit essentiellement que l'employé fédéral doit utiliser les recours administratifs si cela est possible et qu'il ne peut intenter une action en responsabilité civile délictuelle en vertu du premier amendement si ces recours existent. Toutefois, si un employé n'est pas visé par le régime administratif fédéral (la Federal Civil Service Reform Act of 1978 -- ou loi de 1978 sur la réforme de la Fonction publique fédérale -- dont on parle plus loin), ou encore si le recours administratif ne s'applique pas pour les mesures de représailles alléguées, l'employé peut invoquer le premier amendement.

---

(1) 391 U.S. 563 (1968).

(2) Voir par exemple R. Vaughn, "Statutory Protection of Whistleblowers in the Federal Executive Branch", University of Illinois Law Review, 1982, vol. 3, p. 615-667 (p. 639).

(3) 462 U.S. 367 (1983).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

PROTECTION EN VERTU DES LOIS FÉDÉRALES AMÉRICAINES

A. Dispositions légales précises interdisant les mesures de représailles

Un certain nombre de lois fédérales américaines qui confèrent des droits aux employés et leur imposent des obligations les protègent contre les congédiements ou les mesures disciplinaires lorsque ces employés dénoncent, dans le cadre de l'exercice de ces droits ou de l'acquittement de ces obligations, des méfaits dont leur employeur est l'auteur. Ces dispositions de protection visent les employés des secteurs public et privé.

Ces dispositions se retrouvent surtout dans les lois fédérales régissant l'emploi. Elles interdisent habituellement la prise de mesures de représailles contre les employés qui se plaignent à un organisme public désigné parce que leur employeur a violé leurs droits légaux (en ce qui touche par exemple au maintien d'un milieu de travail sécuritaire ou au paiement du salaire minimum), ou encore contre les employés qui réclament une prestation légale (comme les indemnités relatives aux accidents du travail). À titre d'exemples, mentionnons les dispositions relatives aux dénonciateurs contenues dans les lois suivantes: Occupational Safety and Health Act(4) (loi sur l'hygiène et la sécurité au travail), Fair Labour Standards Act(5) (loi sur l'équité en matière d'emploi) et Age Discrimination in Employment Act(6) (loi sur la discrimination fondée sur l'âge dans le domaine de l'emploi).

En général, ces dispositions de protection prévoient que l'employé qui a été victime de mesures de représailles retrouvera son emploi et sera compensé pour les pertes de salaire ou d'ancienneté. Certaines de ces dispositions prévoient aussi l'imposition de sanctions

---

(4) 29 U.S.C.A., par. 660(c).

(5) 29 U.S.C.A., art. 215.

(6) 29 U.S.C.A., par. 623(d) et 631(a).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

civiles, notamment l'obligation d'assumer les frais légaux de l'employé et, s'il y a lieu, le versement de dommages-intérêts exemplaires.

Un certain nombre d'autres lois fédérales contiennent aussi de ces dispositions de protection. On les retrouve habituellement dans les lois sur l'environnement comme la Toxic Substances Control Act(7) (loi sur les substances toxiques), la Water Pollution Control Act(8) (loi sur la pollution de l'eau), la Clean Air Act(9) (loi sur la pollution atmosphérique) et elles visent à protéger les employés des secteurs public et privé qui dévoilent de prétendues infractions à ces lois sur l'environnement. Les dispositions pertinentes de ces lois sont pratiquement toutes identiques et prévoient la tenue d'une enquête administrative et d'audiences sous la responsabilité du ministère américain du Travail. Les réparations peuvent comprendre la réintégration de l'employé visé, un salaire rétroactif, des dommages-intérêts compensatoires, et les frais d'avocat. Certaines de ces lois prévoient aussi le versement de dommages-intérêts exemplaires.

B. Civil Service Reform Act of 1978 (loi de 1978 sur la réforme de la Fonction publique)

Bien que les dispositions légales susmentionnées offrent une certaine protection aux dénonciateurs des secteurs public et privé américains, cette protection se limite habituellement au dévoilement de renseignements concernant des cas précis de violation de la loi. Les employés du secteur public fédéral qui ont dénoncé ou qui désirent dénoncer des fautes de l'administration sont bien mieux protégés par les dispositions de la Civil Service Reform Act of 1978(10), ci-après appelée

---

(7) 15 U.S.C.A., art. 2622.

(8) 33 U.S.C.A., art. 1367.

(9) 42 U.S.C.A., art. 7622.

(10) La Loi figure dans 5 U.S.C.A., art. 1201-1222, et 2302. Des parties du résumé de la loi qui suit sont fondées sur la discussion qui se trouve aux pages 235 à 242 du document suivant: Commission de réforme du droit de l'Ontario, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, 1986.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

la CSRA. Cette loi a été récemment modifiée par la loi publique 101-12, la Whistleblower Protection Act of 1989(11) (loi de 1989 sur la protection des dénonciateurs), qui a été signée par le Président Bush le 10 avril 1989 et qui entrera en vigueur 90 jours après cette date.

En vertu de la CSRA, un fonctionnaire fédéral qui croit être victime de mesures de représailles parce qu'il a dénoncé des fautes graves de ses employeurs peut chercher à obtenir réparation de plusieurs manières différentes. Lorsque ces mesures de représailles ont été importantes, par exemple quand l'employé a été congédié ou rétrogradé, celui-ci peut tout d'abord interjeter directement appel auprès du Merit Systems Protection Board (commission de protection du régime du mérite) qui a été créé par cette loi en alléguant "qu'une mesure de personnel interdite" a été prise en représailles pour sa dénonciation d'un méfait(12). Ensuite, l'employé soumis à une convention collective peut avoir le droit d'invoquer la CSRA pour se défendre contre des mesures disciplinaires prises à son endroit dans le cadre du processus de règlement des griefs négociés(13). Enfin, l'employé peut aussi déposer une plainte auprès de l'Office of Special Counsel (OSC) (bureau du conseiller spécial) qui est aussi créé par la CSRA et qui a le pouvoir d'instruire la plainte et de prendre les mesures correctrices voulues(14).

En plus d'accorder une protection rétroactive aux employés qui ont fait l'objet de mesures de représailles, la CSRA crée aussi un

---

(11) Le texte de la Loi figure dans Congressional Record, U.S. House of Representatives, 21 mars 1989, aux pages H740-746.

(12) 5 U.S.C.A., art. 7701. Un tel appel peut aussi être interjeté pour d'autres types de "mesures de personnel interdites" comme la discrimination fondée sur l'âge, la race ou le sexe (alinéa 2302(b)1)).

(13) La protection des dénonciateurs peut être garantie par contrat. De nombreuses conventions collectives régissant les employés de la Fonction publique fédérale incorporent par renvoi les mesures de protection prévues par la CSRA et les incluent donc ainsi dans la convention collective. D'autres conventions collectives reproduisent le texte précis de la disposition de protection contenue dans la CSRA (voir 5 U.S.C.A., alinéa 2302(b)8)).

(14) 5 U.S.C.A., art. 1212.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

mécanisme permettant aux éventuels dénonciateurs de révéler ces renseignements à l'OSC d'une manière anonyme et de s'assurer ainsi que cette information est portée à l'attention des autorités compétentes. Cette procédure s'adresse aux personnes qui pourraient autrement hésiter à dévoiler des renseignements par crainte de représailles.

Il faut souligner que la CSRA n'accorde pas une protection à tous les fonctionnaires fédéraux. En effet, cette loi ne vise pas les postes suivants:

i) les postes qui ne sont pas dotés par voie de concours parce que leurs fonctions sont de nature confidentielle ou concernent l'établissement des politiques publiques;

ii) tout poste qui est exclu de la portée de cet article par le Président parce que ce dernier juge qu'il est nécessaire et justifié de procéder ainsi afin de garantir une administration publique de bonne qualité(15).

De plus, cette loi ne vise pas:

i) les sociétés d'État;

ii) le Federal Bureau of Investigation (FBI), la Central Intelligence Agency (CIA), la Defense Intelligence Agency (service du renseignement militaire), la National Security Agency (le service de la sécurité nationale), et tout autre organisme ou service de l'Exécutif dont le Président juge que la fonction principale est de s'occuper d'activités d'espionnage ou de contre-espionnage; ou

iii) le General Accounting Office (service de la comptabilité nationale)(16).

La Loi interdit la prise de toute mesure de représailles à l'endroit d'un employé qui a dénoncé des renseignements parce qu'il avait de bonnes raisons de croire qu'il était en présence:

i) d'une violation d'une loi, d'une règle ou d'un règlement; ou

ii) d'une grossière erreur de gestion, d'un gaspillage éhonté d'argent, d'un abus de pouvoir, ou d'un danger

---

(15) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 2302(a)2)(B).

(16) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 2302(a)2)(C).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

grave ou précis pour la santé ou la sécurité publique(17).

Par "mesure de représailles", on entend toute forme de "mesure de gestion du personnel", laquelle est définie en des termes vagues dans la Loi et inclut des choses comme les congédiements, les évaluations du rendement, des décisions concernant les prestations et les primes, et "tout autre changement important dans les fonctions ou responsabilités"(18).

En vertu de cette disposition, les dénonciateurs sont protégés indépendamment de la personne à laquelle les renseignements sont révélés, sauf dans certains cas spécifiés. La Loi permet à un employé de divulguer publiquement une faute pourvu que "cette dénonciation ne soit pas interdite de façon précise par la loi" ou "qu'un décret de l'Exécutif ne précise pas qu'il faille garder ces renseignements secrets dans l'intérêt de la sécurité nationale ou pour la conduite des affaires étrangères"(19).

La Loi permet que les méfaits dont le gouvernement est l'auteur et qui tombent dans l'une ou l'autre de ces catégories confidentielles soient révélés à l'OSC, à l'inspecteur général d'un organisme ("agency")(20), ou à un autre employé désigné par le responsable de l'organisme chargé de recevoir ces révélations(21).

À la suite de l'adoption de la Whistleblower Protection Act of 1989 (loi sur la protection des dénonciateurs), l'OSC est devenu un organisme indépendant du MSPB (commission de protection du régime du mérite) dont il constituait auparavant une composante indépendante. Ses trois principales responsabilités sont les suivantes:

---

(17) 5 U.S.C.A., alinéa 2302(b)8).

(18) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 2302(a)2)(A).

(19) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 2302(b)8)(A).

(20) En vertu de l'Inspector General Act of 1978 (loi de 1978 sur l'inspecteur général), P.L. 95-492, 92 Stat. 1101 (1978) dans sa version modifiée, le Congrès a créé un mécanisme prévoyant l'établissement d'un poste "d'inspecteur général" au sein de chaque organisme gouvernemental. Cette personne sera chargée de mener des enquêtes internes à la suite des plaintes et allégations faites par les employés de l'organisme en question.

(21) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 2302(b)8)(B).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1) l'étude des allégations relatives à des activités interdites par les lois, règles ou règlements régissant la Fonction publique, principalement des allégations concernant les méthodes de gestion du personnel interdites définies dans la CSRA, de même que la prise des mesures disciplinaires ou correctives qui s'imposent;

2) la création d'une filière sécuritaire permettant aux employés de faire des allégations relatives à des cas de gaspillage, à des fraudes, à des erreurs de gestion, à des actes illégaux, à des abus de pouvoirs, ou à des dangers graves et précis pour la santé et la sécurité publiques, sans crainte de représailles ou sans que leur nom ne soit divulgué, sauf lorsqu'ils y consentent; et

3) l'application de la Hatch Act (loi visant à protéger les fonctionnaires des pressions politiques), qui limite les activités politiques partisanes des fonctionnaires(22).

Les cas de dénonciation de méfaits ne constituent qu'une petite partie des questions qui sont soumises au bureau du conseiller spécial.

À la suite des modifications adoptées en 1989, la CSRA oblige le conseiller spécial à ne pas révéler le nom d'un fonctionnaire fédéral qui dénonce un méfait, à moins que l'employé consente à dévoiler son identité ou "à moins que le dévoilement de l'identité du dénonciateur ne soit nécessaire en raison de la menace d'un danger pour la santé ou la sécurité publiques, ou de l'imminence d'une infraction criminelle"(23). La Loi prévoyait auparavant que l'identité du dénonciateur ne pouvait être révélée sans son consentement à moins que le conseiller spécial juge que le dévoilement de son identité était "nécessaire pour lui permettre de remplir ses fonctions". On a apparemment jugé que le maintien de cette disposition aurait pu gravement miné les efforts déployés afin d'encourager les employés à divulguer les méfaits. Il serait irréaliste de penser que des employés fourniront volontairement des renseignements s'ils risquent de

---

(22) "Report of the Office of the Comptroller General", dans Hearings before the Subcommittee on Civil Service of the Committee on Post Office and Civil Service, Chambre des représentants, 1re session, 99e congrès (1985), série n° 99-19, p. 30-31, cité dans: Commission de réforme du droit de l'Ontario, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, 1986, p. 238.

(23) 5 U.S.C.A., par. 1213(h).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

voir leurs noms être dévoilés et de faire l'objet de mesures de représailles.

Après avoir reçu ce type de renseignements d'un employé fédéral, le conseiller spécial doit déterminer s'il y a de bonnes chances que cette information permette de dénoncer une infraction à une loi, à une règle ou à un règlement, un gaspillage éhonté d'argent, un abus de pouvoir, ou un danger grave et précis pour la santé et la sécurité publiques. S'il juge que c'est le cas, ces renseignements doivent être rapidement transmis au responsable de l'organisme visé, qui doit mener une enquête à ce sujet et présenter un rapport écrit concernant ce prétendu méfait dans un délai prescrit(24).

Le rapport écrit doit être passé en revue et signé par le responsable de l'organisme concerné, et doit comprendre les renseignements suivants:

1) un résumé des renseignements qui ont permis d'ouvrir l'enquête;

2) une description de la façon dont l'enquête a été menée;

3) un résumé des preuves rassemblées grâce à l'enquête;

4) une liste des violations réelles ou apparentes des lois, règles ou règlements; et

5) une description de toutes les mesures correctrices prises ou prévues à la suite de l'enquête, comme par exemple:
   (A) des changements dans les règles, règlements ou méthodes de l'organisme;
   (B) la réparation des torts causés à un employé;
   (C) des mesures disciplinaires à l'égard d'un employé;
   (D) la transmission au procureur général de toute preuve d'infraction criminelle(25).

L'organisme n'est toutefois pas autorisé à dévoiler des renseignements dont la dénonciation est interdite de façon précise par "toute autre disposition d'une loi" ou qu'un décret de l'Exécutif ordonne

---

(24) 5 U.S.C.A., alinéa 1213(c)1).

(25) 5 U.S.C.A., par. 1213(d).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

précisément de garder ces renseignements secrets dans l'intérêt de la sécurité nationale ou pour la conduite des affaires étrangères(26).

Le rapport de l'organisme doit être transmis au conseiller spécial, qui doit à son tour en faire tenir copie au dénonciateur-plaignant, à moins qu'il ne contienne une preuve d'une infraction criminelle qui a été envoyée au procureur général(27). Le plaignant peut aussi présenter au conseiller spécial ses commentaires sur le rapport de l'organisme à l'intérieur d'un délai prescrit(28). Le conseiller spécial doit étudier le rapport de l'organisme et déterminer si les conclusions du responsable de l'organisme semblent raisonnables et si le rapport contient les renseignements requis susmentionnés(29). Le conseiller spécial doit ensuite transmettre le rapport ainsi que tous les commentaires formulés par le plaignant et tous ses commentaire ou recommandations au Président, aux comités du Congrès dont relève l'organisme visé et au contrôleur général(30).

Si le responsable de l'organisme ne présente pas un rapport dans le délai prescrit, le conseiller spécial doit alors transmettre les renseignements envoyés au responsable de l'organisme, au Président, aux comités du Congrès dont relève l'organisme visé et au contrôleur général, et joindre une déclaration indiquant que le responsable de l'organisme n'a pas présenté le rapport requis(31).

Le conseiller spécial doit tenir une liste des questions autres que criminelles qui ont été soumises aux responsables d'organismes et des rapports présentés par ces derniers, de même que permettre au public d'avoir accès à cette liste. Il doit aussi s'assurer que cette liste publique ne contient pas de renseignements dont la publication est interdite par la loi ou par un décret de l'Exécutif(32).

---

(26) 5 U.S.C.A., par. 1213(i).

(27) 5 U.S.C.A., alinéa 1213(e)1).

(28) Ibid.

(29) 5 U.S.C.A., alinéa 1213(e)2).

(30) 5 U.S.C.A., alinéa 1213(e)3).

(31) 5 U.S.C.A., alinéa 1213(e)4).

(32) 5 U.S.C.A., art. 1219.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Lorsque le conseiller spécial détermine qu'il a de bonnes raisons de croire que des représailles interdites ont été prises ou sont sur le point de l'être et que cette situation nécessite des mesures correctrices, il doit le signaler au MSPB (commission de protection du régime du mérite), à l'organisme concerné et à l'Office of Personnel Management (bureau de la gestion du personnel) et leur faire part de ses conclusions ou recommandations. Il peut aussi en informer le Président et lui transmettre ses conclusions et recommandations. Dans son rapport, le conseiller spécial peut inclure les mesures correctrices recommandées(33). Si l'organisme concerné n'a pas pris les mesures correctrices voulues après une période de temps raisonnable, le conseiller spécial peut demander au MSPB de s'en charger(34).

La loi modificative de 1989 (loi publique 101-12) est le résultat d'un compromis entre le Congrès et l'administration Bush. Le président Reagan avait de façon inattendue opposé son droit de veto à une mesure similaire, le projet de loi S508, le 27 octobre 1988, après que ce projet de loi eut été adopté par 418 voix contre aucune à la Chambre des représentants et par un vote oral au Sénat. Puisque le président Reagan a posé ce geste après la fin de la session du Congrès, ce dernier n'a pas pu prendre un vote afin de passer outre au veto présidentiel.

La loi de 1989 sur la protection des dénonciateurs et le projet de loi S508 proposé antérieurement visaient à lever deux types d'obstacles qui rendent la tâche difficile aux dénonciateurs dans la Fonction publique fédérale et aux autres victimes de méthodes de gestion du personnel interdites qui désirent obtenir réparation. Le premier type d'obstacles comprend les décisions restrictives rendues par le MSPB et la cour fédérale. Des dispositions précises de la loi modificative modifient ou renversent des jugements administratifs ou judiciaires inappropriés et donnent plus de chances aux dénonciateurs et aux autres victimes de méthodes de gestion du personnel interdites d'avoir gain de cause.

Le second type d'obstacles comprend ceux qui sont attribuables aux politiques du bureau du conseiller spécial (OSC) qui sont fondées sur l'opinion que celui-ci se fait de son propre rôle. Il est

---

(33) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 1214(b)2)(A).

(34) 5 U.S.C.A., sous-alinéa 1214(b)2)(B).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

clair que la Civil Service Reform Act of 1978 (loi sur la réforme de la Fonction publique de 1978) avait comme objectif de faire du conseiller spécial le protecteur et le défenseur des droits des employés qui sont victimes de méthodes de gestion du personnel interdites. Néanmoins, le conseiller spécial a décidé que son rôle consistait à protéger le régime du mérite.

Ces deux opinions divergentes sur le rôle du bureau du conseiller spécial ne s'opposent pas dans la plupart des cas. On a cependant remarqué que cette situation avait parfois amené le conseiller spécial à poser des gestes préjudiciables aux employés qui étaient venus demander l'aide de son bureau. C'est pourquoi la Whistleblower Protection Act of 1989 (loi de 1989 sur la protection des dénonciateurs) expose clairement son objectif:

> La présente loi vise à renforcer et à mieux protéger les droits des employés fédéraux, à empêcher les mesures de représailles, et à aider à éliminer les méfaits au sein de l'administration, et ce, des deux façons suivantes:
> 1) en stipulant que les employés ne devraient pas être désavantagés en raison de l'adoption de méthodes de gestion du personnel interdites;
> 2) en énonçant que:
> (A) le bureau du conseiller spécial a comme première responsabilité de protéger les employés, particulièrement les dénonciateurs de méfaits, contre les méthodes de gestion du personnel interdites;
> (B) le bureau du conseiller spécial devrait agir dans l'intérêt des employés qui demandent l'aide de son bureau;
> (C) la protection des employés qui font l'objet de méthodes de gestion du personnel interdites est le premier objectif à poursuivre même si la prise de mesures disciplinaires à l'endroit des personnes qui posent ces gestes peut être utilisée comme moyen d'atteindre cet objectif(35).

L'un des changements importants apportés grâce à cette loi a été la transformation de l'OSC (bureau du conseiller spécial) en un

---

(35) Whistleblower Protection Act of 1989 (loi de 1989 sur la protection des dénonciateurs), article 2.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

organisme indépendant. Ce bureau constituait auparavant une composante du MSPB (commission de protection du régime du mérite).

De plus, la loi modificative de 1989 facilite la tâche aux dénonciateurs dans la Fonction publique fédérale américaine (ou au conseiller spécial agissant en leur nom) lorsque vient le temps de prouver que des mesures de représailles ont été prises à l'endroit d'un dénonciateur. Ainsi, la loi diminue le fardeau de la preuve pour les dénonciateurs dans la Fonction publique fédérale tout en l'augmentant pour les organismes fédéraux qui doivent défendre leurs décisions en matière de gestion du personnel. Le fonctionnaire fédéral doit démontrer par des preuves prépondérantes que la dénonciation du méfait a constitué un facteur qui a contribué à la prise de mesures de représailles à son endroit(36). Cette exigence vise précisément à écarter la jurisprudence qui exigeait qu'un dénonciateur cherchant à obtenir réparation prouve que son geste avait constitué un facteur "important, incitatif, appréciable ou prédominant" dans la décision de son employeur. Si le dénonciateur prouve que le dévoilement du méfait a constitué un facteur qui a contribué à la prise de ces mesures de représailles, l'organisme devra démontrer par des "preuves claires et convaincantes" que les mêmes mesures auraient été prises si le méfait n'avait pas été révélé(37). La notion de "preuves claires et convaincantes" constitue une plus grande exigence que la notion de "preuves prépondérantes" qui a déjà été utilisée et qui s'applique dans la plupart des causes civiles soumises aux tribunaux américains.

L'une des préoccupations du président Reagan au sujet du projet de loi S508 visait une disposition qui aurait permis au conseiller spécial d'obtenir une révision judiciaire de la plupart des décisions du MSPB (commission de protection du régime du mérite) alors qu'il constitue lui-même une partie dans ce type de cause. Selon le Président, l'application de cette disposition aurait fait en sorte que deux organismes de l'Exécutif se seraient retrouvés devant une cour fédérale pour régler un litige les opposant. Il était d'avis que cette façon de régler des litiges entre des composantes de l'Exécutif aurait été contraire au pouvoir

---

(36) 5 U.S.C.A., alinéa 1221(e)1).

(37) 5 U.S.C.A., alinéa 1221(e)2).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

exécutif qui est accordé au Président en vertu de la constitution, lequel comprend le pouvoir d'entendre et de résoudre les différends entre ses subalternes. Il s'inquiétait aussi que le fait de permettre au pouvoir exécutif de s'intenter une action judiciaire aille à l'encontre des dispositions de la constitution qui visent à limiter le recours au pouvoir judiciaire des États-Unis aux véritables causes ou controverses mettant en présence des parties ayant des intérêts vraiment opposés.

Le procureur général, qui a recommandé au Président de bloquer l'adoption de cette loi à l'aide de son droit de veto en 1988, a aidé à établir le compromis inclus dans la Whistleblower Protection Act of 1989 (loi de 1989 sur la protection des dénonciateurs) afin de dissiper certaines des inquiétudes de l'administration.

En plus de clarifier le type de preuve que les dénonciateurs et employeurs dans la Fonction publique fédérale doivent présenter, cette loi a entre autres permis d'empêcher le conseiller spécial d'en appeler devant une cour fédérale des décisions contraires à son point de vue rendues par le MSPB (commission de protection du régime du mérite). Cette disposition a été incluse dans le compromis afin d'atténuer la crainte de l'administration de voir le gouvernement s'intenter une poursuite -- ce qui serait inconstitutionnel selon le procureur général. À la suite de ce compromis, on a aussi interdit au conseiller spécial de faire opposition à un dénonciateur dans des causes devant le MSPB (commission de protection du régime du mérite) et de dévoiler le nom d'un dénonciateur à moins que cela ne soit nécessaire pour protéger la santé et la sécurité publiques.

EXEMPLES DE MESURES LÉGISLATIVES AUX ÉTATS-UNIS

Dans certains États, comme au niveau fédéral, il existe quelques lois qui comportent des dispositions destinées à protéger contre des représailles l'employé du secteur public ou privé qui dépose une plainte devant une autorité publique donnée au sujet des manquements de son employeur à ses devoirs légaux. Ces dispositions se rencontrent surtout dans les lois sur l'emploi.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

À l'heure actuelle, au moins dix États ont en outre promulgué des dispositions législatives générales, conçues spécialement pour protéger des dénonciateurs travaillant dans le secteur public. Il s'agit des États suivants: Delaware, Indiana, Kansas, Kentucky, Maryland, Oregon, Texas, Utah, Washington et Wisconsin. Il y a au moins dix autres États qui ont promulgué des mesures législatives générales protégeant à la fois les dénonciateurs dans le secteur public et ceux dans le secteur privé, à savoir la Californie, le Connecticut, la Floride, l'Illinois, l'Iowa, la Louisiane, le Maine, Le Michigan, le New Jersey et New York.

Les dispositions législatives qui protègent les dénonciateurs dans le secteur public dans les États de la Californie, du Connecticut, du New Jersey et de New York sont étudiées ci-dessous à titre d'exemples.

A. Californie

En Californie, les employés de l'État qui signalent des activités gouvernementales répréhensibles sont protégés contre les représailles de leurs supérieurs par les dispositions de la Reporting of Improper Governmental Activities Act (loi sur la dénonciation d'activités gouvernementales répréhensibles)(38).

Cette loi porte que l'Assemblée de la Californie veut que les employés de l'État dénoncent, dans la mesure où rien ne s'y oppose expressément dans la loi, les activités gouvernementales répréhensibles(39). On y définit comme suit la notion d'activité gouvernementale répréhensible:

> tout acte posé par un organisme public ou par un employé dans l'exercice de ses fonctions officielles, que cet acte fasse partie de ses attributions ou non, et qui contrevient à une loi ou à un règlement fédéral ou de l'État, y compris mais sans en exclure d'autres, la corruption, le méfait, le vol de biens de l'État, la fraude, les malversations, la coercition, l'appropriation illicite, les poursuites malveillantes, l'usage abusif de la propriété de l'État et l'omission

---

(38) West's Annotated California Codes (codification annotée de la Californie), Government Code, article 10540-10549.

(39) Ibid., article 10541.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> délibérée d'accomplir une tâche, ou qui constitue du gaspillage de fonds ou est signe d'une grave erreur de conduite, d'incompétence ou d'inefficacité(40).

Aux fins de cette loi, on entend par employé toute personne nommée par le gouverneur de l'État ou employée ou titulaire d'une charge dans un département ou un organisme de l'État(41). De plus, le terme personne y désigne un individu, une société, une association, un trust, une administration locale, un organisme ou un organe de ceux-ci(42).

En vertu d'une disposition de protection contre les représailles prévue dans cette loi,

> a) il est interdit à l'employé d'utiliser ou de chercher à utiliser directement ou indirectement ses pouvoirs officiels ou son influence pour intimider, menacer, contraindre ou chercher à intimider, à menacer, à contraindre ou à donner des ordres à quelqu'un afin de porter atteinte au droit qu'a cette personne de faire à la Joint Legislative Audit Committee (commission mixte de vérification législative) ou au vérificateur général des révélations sur des questions faisant partie du champ d'application de la Loi.
>
> b) aux fins de la disposition qui précède, les moyens d'utiliser des pouvoirs officiels ou de l'influence comprennent la promesse de procurer ou le fait de procurer des avantages, les menaces de représailles et les représailles effectives, le fait de prendre ou d'enjoindre quelqu'un de prendre, de recommander, de traiter ou d'approuver une mesure de personnel, dont la nomination, la promotion, la mutation, l'affectation, l'évaluation du rendement, la mise à pied, ou d'autres sanctions disciplinaires.
>
> c) Tout employé qui contrevient à la disposition a) ci-dessus est passible de poursuites en dommages-intérêts intentées contre lui au civil par la partie lésée.
>
> d) Aucune mesure prévue dans le présent article ne doit être interprétée comme une autorisation de

---

(40) Ibid., article 10542.

(41) Ibid.

(42) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

divulguer des renseignements en contravention de la loi(43).

La commission applique la loi par l'intermédiaire du vérificateur général et charge ce dernier de mener des enquêtes et de faire rapport sur les activités gouvernementales répréhensibles qu'il juge bon de signaler. Rien n'interdit à la commission d'exercer le pouvoir qui lui est conféré en vertu de la loi(44).

Lorsqu'il est saisi d'un cas précis d'activité gouvernementale répréhensible exercée par un employé ou par un organisme public, le vérificateur général doit en aviser la commission, qui peut exiger qu'il fasse une vérification de contrôle. De plus, la commission peut charger le vérificateur général d'enquêter sur des cas d'activité gouvernementale répréhensible. L'identité des personnes dont provient l'information qui donne lieu à la vérification ne doit être communiquée à quiconque sans le consentement écrit de celles-ci, à moins que ce ne soit à un organisme d'application de la loi dans le cadre d'une enquête criminelle(45).

Au cours d'une vérification de contrôle, la commission ou le vérificateur général peut demander le concours d'un département, d'un organisme public ou d'un employé. Il est interdit de divulguer ou de communiquer à quiconque sans le consentement de la commission tout renseignement qu'un département, organisme ou employé obtient du vérificateur général par suite d'une telle demande ou au cours d'une enquête ultérieure(46).

Si la commission juge qu'il y a lieu de croire qu'un employé ou un organisme public s'est livré à une activité gouvernementale répréhensible, elle doit faire état de la nature et des particularités de cette activité au chef de l'organisme employeur ou à la personne habilitée à faire des nominations. Le cas échéant, la commission doit aviser le

---

(43) Ibid., art. 10543.

(44) Ibid., art. 10544.

(45) Ibid., art. 10545.

(46) Ibid., art. 10546.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

procureur général, les comités d'orientation et toute autre autorité compétente(47).

Ni le vérificateur général, ni la commission ne jouit de pouvoirs d'application. Lorsque l'un de ces deux organismes présente un rapport d'activité répréhensible présumée au chef de l'organisme employeur ou à la personne habilitée à faire des nominations, celui-ci ou celle-ci doit rendre compte à la commission ou au vérificateur général de toute mesure prise pour donner suite au rapport. Le premier compte rendu doit être présenté au plus tard 30 jours après la présentation du rapport de la commission, et les autres, tous les mois par la suite, jusqu'à ce que la situation ait été corrigée(48).

Toutes les vérifications de contrôle doivent être confidentielles, mais la commission peut néanmoins publier les rapports et les conclusions qu'elle juge nécessaires pour servir les intérêts de l'État(49). Les dispositions ci-dessus ne limitent pas le pouvoir d'enquêter sur des questions de toute nature dont sont investis le procureur général et d'autres départements ou organismes publics(50).

La loi prévoit en outre qu'un employé de l'État ou un candidat à un tel poste qui dépose une plainte écrite contre son surveillant, contre son gestionnaire ou contre la personne habilitée à faire des nominations, dans laquelle il prétend avoir fait l'objet de représailles, de menaces, de mesures de coercition ou d'autres actes irréguliers, effectifs ou présumés, qui sont interdits par la loi, peut également déposer devant le State Personnel Board (conseil du personnel de l'État) copie de sa plainte, à laquelle il aura joint une déclaration assermentée attestant que les motifs de plainte sont véridiques ou qu'il les considère comme tels, sous peine de parjure. La plainte, si elle est déposée devant le conseil,

---

(47) Ibid., alinéa 10547 a).

(48) Ibid., alinéa 10547 b).

(49) Ibid., alinéa 10547 c).

(50) Ibid., alinéa 10547 d).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

doit l'être dans les 12 mois suivant le moment où a été posé le plus récent acte constituant les représailles présumées(51).

Une personne qui use délibérément de représailles, profère des menaces ou exerce des mesures de coercition ou toute autre action à l'endroit d'un employé de l'État ou d'un candidat à un tel poste parce qu'il a mis au jour des activités gouvernementales répréhensibles, est passible d'une amende d'un montant maximal de 10 000 $ et d'une peine d'au plus une année dans la prison du comté. Tout fonctionnaire de l'État qui se comporte de la sorte doit être puni conformément au droit interne(52).

En plus de toutes les sanctions indiquées, cette personne s'expose à des poursuites en dommages-intérêts intentées contre elle par la partie lésée. La cour peut accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral, s'il est démontré que la partie contrevenante a agi avec l'intention de nuire. Lorsqu'il a été établi qu'il y a responsabilité juridique, la partie lésée a en outre droit au remboursement d'honoraires d'avocat raisonnables conformément à ce que prévoit la loi. Elle ne peut cependant intenter aucune poursuite en dommages-intérêts si elle n'a pas d'abord déposé une plainte devant le conseil du personnel de l'État (comme cela a été mentionné plus haut) et si le conseil n'a rendu aucune décision dans le cadre d'une audience tenue en application de l'article 19683(53).

La Loi dispose en outre que les dispositions qui précèdent n'ont pas pour but d'empêcher une personne habilitée à faire des nominations, un gestionnaire ou un surveillant de prendre ou de charger d'autres personnes de prendre, de recommander ou d'approuver toute mesure de personnel, ou encore de prendre ou d'omettre de prendre une telle mesure, à l'égard d'un employé de l'État ou d'un candidat à un tel poste, si la personne habilitée à faire des nominations, le gestionnaire ou le surveillant décide, en se fondant sur des faits autres que la dénonciation par la

---

(51) Ibid., alinéa 10548 a).

(52) Ibid., alinéa 10548 b).

(53) Ibid., alinéa 10548 c).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

personne visée d'activités gouvernementales répréhensibles, qu'une mesure doit ou non être prise(54).

Enfin, si le conseil du personnel de l'État estime qu'il y a lieu de croire que l'infraction présumée a été commise ou s'il découvre que la disposition de protection contre les représailles a effectivement été enfreinte, il doit transmettre copie du rapport d'enquête à la commission mixte de contrôle législatif. Tous les documents de travail se rattachant au rapport d'enquête requis par subpeona dans une poursuite intentée au civil en vertu de la disposition pertinente de la loi doivent être fournis(55).

B. Connecticut

Au Connecticut, une disposition de la loi concernant les organismes publics prescrit que

> a) Quiconque sait qu'il y a corruption, pratiques contraires aux bons usages, infraction aux lois ou aux règlements de l'État, mauvaise gestion, gaspillage de fonds, abus de pouvoir ou atteinte à la sécurité publique dans tout département ou organisme public peut communiquer tout ce qu'il sait sur le sujet aux vérificateurs des comptes publics(56).

On y précise en outre que les vérificateurs des comptes publics doivent faire enquête et présenter leurs conclusions et recommandations au procureur général, qui doit ensuite ouvrir les enquêtes qu'il juge appropriées; il est secondé par les vérificateurs. Ce dernier a le pouvoir de convoquer des témoins, d'exiger que soient présentés tous les livres et autres documents pertinents et de faire prêter serment aux témoins. Il doit normalement présenter ses conclusions au gouverneur ou, dans le cas d'activités criminelles, au procureur en chef de l'État. Il est interdit aux vérificateurs des comptes publics et au procureur général de divulguer l'identité d'une personne qui leur fait des révélations, sans le consentement de cette

---

(54) Ibid., alinéa 10548 d).

(55) Ibid., art. 10549.

(56) Connecticut General Statutes Annotated (statuts annotés du Connecticut), West Publishing Co., alinéa 4-61dd a).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

personne, à moins qu'ils arrivent à la conclusion que sa dénonciation sera inévitable pendant le cours de l'enquête(57).

La disposition pertinente prévoit enfin qu'aucun fonctionnaire ou employé de l'État et aucune personne habilitée à faire des nominations ne doit prendre ou menacer de prendre quelque mesure de représailles que ce soit à l'égard d'un employé de l'État qui a fait des révélations aux vérificateurs des comptes publics ou au procureur général. Un employé qui prétend qu'une telle mesure a été prise ou qu'on a menacé de la prendre peut, dans les 30 jours suivant le moment où il a pris connaissance de l'incident, loger un appel devant la commission de révision des employés ou, s'il est assujetti à une convention collective, appliquer la marche à suivre qui y est prescrite(58).

S'il s'avère qu'un employé a porté des accusations calomnieuses, sciemment et avec l'intention de nuire, en vertu de la disposition qui précède, celui-ci est passible de sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au renvoi, selon ce que décidera la personne habilitée à faire des nominations dont il relève. Pareille mesure peut faire l'objet d'un appel devant la commission de révision des employés ou, si l'employé est assujetti à une convention collective, il peut appliquer la marche à suivre qui y est prescrite(59).

Aux fins des dispositions énoncées ci-haut, l'expression "fonctionnaire ou employé de l'État" se définit comme suit:

> toute personne élue ou nommée qui occupe tout poste, emploi ou charge dans le gouvernement de l'État, quel que soit son titre, sa classification ou ses fonctions et que son travail soit rémunéré ou non, y compris les juges des tribunaux d'homologation des testaments et les employés de ces tribunaux. Outre les personnes désignées ci-dessus, sont "fonctionnaires ou employés de l'État" les avocats commis d'office, les avocats associés et les avocats associés adjoints commis d'office, nommés par la Public Defenders Services Commission, les avocats associés spéciaux commis d'office nommés par la cour, le procureur général, tout

---

(57) Ibid.

(58) Ibid., alinéa 4-61dd b).

(59) Ibid., alinéa 4-61dd c).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> procureur général associé ou adjoint et tout autre avocat qui travaille pour un organisme public, les commissaires des cours de juridiction supérieure qui entendent les causes de petite créance ou qui remplissent des fonctions d'enquêteur, d'arbitre ou de juge de cour inférieure ou de suppléant à toute autre charge quasi-judiciaire, ainsi que toute personne nommée membre d'un comité institué par une loi afin de servir des éléments de la section judiciaire, dont le comité de sélection des candidats à la spécialisation en droit et le comité des admissions au Barreau de l'État, et les médecins ou psychologues qui travaillent pour un organisme public(60).

D'après une disposition de la loi du travail du Connecticut,

> b) aucun employeur ne doit renvoyer, réprimander ou punir autrement un employé parce que celui-ci ou une personne agissant en son nom a signalé à un organisme public, verbalement ou par écrit, une infraction ou une infraction présumée à une loi ou à un règlement fédéral ou de l'État, à un arrêté ou à un règlement municipal, ou parce qu'un organisme public lui a demandé son concours dans le cadre d'une enquête ou d'une audience de cet organisme ou encore d'une action en justice. Aucun employé municipal ne doit renvoyer ou punir autrement un employé parce que celui-ci ou une personne agissant en son nom a fait, verbalement ou par écrit, des révélations à un organisme public au sujet de cet employeur en ce qui a trait à une grave erreur de gestion et à de l'abus de pouvoir. Ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'employé sait que ces révélations sont mensongères(61).

Le terme "personne" désigne un ou plusieurs particuliers ainsi que les sociétés en nom collectif, les associations, les corporations, les trusts commerciaux, les représentants légaux et les groupes constitués(62). Par "employeur", on entend une personne, y compris l'État et toute subdivision politique de celui-ci, qui fait des affaires et qui a des employés(63).

---

(60) Ibid., art. 4-141.

(61) Connecticut General Statutes Annotated (statuts annotés du Connecticut), West Publishing Co., alinéa 31-51m b).

(62) Ibid., alinéa 31-51m a)(1).

(63) Ibid., alinéa 31-51m a)(2).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Par "employé", on entend une personne qui travaille pour un employeur dans une activité commerciale de ce dernier(64). Enfin, on donne à l'expression "organisme public" le sens suivant:

> tout organisme public, conformément à la définition donnée à l'alinéa a) de l'article 1-18a, ou un employé, membre ou représentant de celui-ci, ou toute agence fédérale ou tout employé, membre ou représentant de celle-ci(65).

À l'article 1-18a, on définit comme suit l'expression "organisme public" telle qu'elle est employée plus haut:

> "organisme public" ou "organisme" désigne tout service exécutif, administratif ou législatif de l'État ou toute subdivision politique de l'État ainsi que tout organisme local, département, bureau, conseil, toute institution, commission, administration et tout fonctionnaire de l'État ou d'une ville, d'un village, d'un "borough", d'un conseil municipal, d'une circonscription scolaire, d'un district régional ou autre ou d'une autre subdivision politique de l'État, y compris tout comité d'un tel service, organisme, département, bureau, conseil ou fonctionnaire ou d'une telle subdivision, institution, commission ou administration ainsi que tout service judiciaire et tout fonctionnaire, organe ou comité de celui-ci, mais seulement dans l'exercice de leurs fonctions administratives.

D'après un autre alinéa du même article, un employé qui est renvoyé, réprimandé ou autrement puni par son employeur, en contravention de la disposition de protection contre les représailles citée plus haut, peut, après avoir épuisé tous les recours administratifs prévus, intenter une action au civil, dans les délais prescrits, afin de réintégrer ses fonctions et d'obtenir le paiement du salaire et des avantages sociaux perdus à cause cette infraction(66). Cette action sera intentée devant la cour de juridiction supérieure du district judiciaire où l'infraction a présumément été commise ou de celle où se trouve le bureau central de l'employeur.

---

(64) Ibid., alinéa 31-51m a)(3).

(65) Ibid., alinéa 31-51m a)(4).

(66) Ibid., alinéa 31-51m c).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

S'il s'avère qu'un employé a sciemment fait une fausse déclaration, celui-ci s'expose à se voir imposer par son employeur des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au renvoi(67).

La disposition qui précède ne doit pas être interprétée comme une disposition qui réduit ou entrave les droits qu'a une personne en vertu d'une convention collective(68).

C. New Jersey

Au New Jersey, les employés des secteurs tant privé que public qui vendent la mèche sont protégés contre les représailles par les dispositions de la Conscientious Employee Protection Act (loi sur la protection des employés consciencieux)(69).

Suivant la disposition pertinente,

> Il est interdit à un employeur d'user de représailles à l'endroit d'un employé qui
> a) a divulgué ou menacé de divulguer à un surveillant ou à un organe public une activité, une politique ou une pratique de l'employeur que l'employé a lieu de croire, pour des motifs raisonnables, qu'elle contrevient à une loi, ou à une règle ou à un règlement pris en application de cette loi;
> b) a fourni des renseignements à tout organe public qui tient une enquête ou une audience portant sur une infraction à la loi, à une règle ou à un règlement pris en vertu de la loi, commise par l'employeur ou qui témoigne devant cet organe public; ou
> c) s'oppose ou refuse de prendre part à toute activité, politique ou pratique qu'il croit, pour des motifs raisonnables,
> 1) en contravention soit de la loi, soit d'une règle ou d'un règlement pris en vertu de la loi,
> 2) frauduleuse ou criminelle ou
> 3) incompatible avec une politique publique de santé, de bien-être et de sécurité publics (70).

---

(67) Ibid.

(68) Ibid., alinéa 31-51m d).

(69) New Jersey Statutes Annotated (statuts annotés du New Jersey), West Publishing Co., vol. 34, art. 34:19-1 à 43:19-8.

(70) Ibid., art. 34:19-3.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Aux fins de cette loi, les définitions suivantes ont été adoptées:

a. "Employeur" désigne un particulier, une société en nom collectif, une association, une corporation, toute personne ou tout groupe de personnes qui agit, directement ou indirectement, au nom ou pour le compte d'un employeur avec le consentement de l'employeur et doit englober tous les services du gouvernement de l'État, les nombreux comtés et municipalités de l'État, toute autre subdivision politique de l'État, les circonscriptions scolaires ou circonscriptions spéciales et toute administration, commission, tout conseil, organisme ou autre instrument de ceux-ci.

b. "Employé" désigne toute personne qui s'acquitte de tâches pour le compte d'un employeur et sous le contrôle et la surveillance de celui-ci contre rémunération.

c. "Organe public" désigne
1) le Congrès des États-Unis et l'assemblée législative de l'État ou tout organe gouvernemental local élu par scrutin populaire ou membre ou employé de celui-ci;
2) tout pouvoir judiciaire local, de l'État ou fédéral, ou tout membre ou employé de celui-ci ainsi que tout grand jury ou jury de jugement;
3) une administration ou un organisme public, administratif ou de réglementation à caractère local, de l'État ou fédéral, ou un agent de ceux-ci;
4) tout organisme local, fédéral ou de l'État, chargé d'appliquer la loi, les bureaux de procureurs ou les policiers ou les agents de la paix;
5) tout service local, fédéral ou d'État d'un service administratif du gouvernement; ou
6) une division, un conseil, un bureau, un comité ou une commission de l'un des organes publics décrits dans les alinéas ci-dessus.

d. "Surveillant" désigne une personne travaillant pour un organisme employeur qui a le pouvoir de superviser et de contrôler le travail de l'employé visé, qui a le pouvoir de prendre des mesures correctives en ce qui a trait à l'infraction à la loi, à une règle ou à un règlement, sur laquelle portent les révélations de l'employé, ou que l'employeur a désigné sur l'avis exigé en vertu de l'article 7 de la présente loi.

e. "Mesure de représailles" ou "représailles" signifie le renvoi, la mise à pied ou la rétrogradation d'un

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

employé ou toute autre mesure défavorable touchant les conditions d'emploi de celui-ci(71).

Cette loi porte en outre que la protection contre les mesures de représailles pour les révélations faites à un organe public n'est pas applicable si l'employé n'a pas d'abord porté l'activité, la politique ou la pratique suspecte à l'attention d'un surveillant, par écrit, et accordé à l'employeur un délai raisonnable pour corriger la situation. En vertu de la Loi, la nécessité d'avertir le surveillant tombe en cas d'urgence, si l'employé est raisonnablement certain qu'un ou plusieurs surveillants sont au courant de l'activité, de la politique ou de la pratique en question ou s'il a des motifs raisonnables de craindre des représailles physiques par suite de telles révélations(72).

Si l'une des dispositions de la loi est enfreinte, un employé ou ancien employé qui s'estime lésé peut intenter, dans l'année qui suit, des poursuites au civil devant le tribunal compétent. La cour peut ordonner la réparation des torts, entre autres par les moyens suivants:

a. une injonction visant à empêcher que la Loi continue d'être enfreinte;

b. le rétablissement de l'employé dans les fonctions qu'il occupait avant de faire l'objet de représailles ou dans des fonctions équivalentes;

c. la restitution de tous les avantages sociaux et droits d'ancienneté perdus;

d. l'indemnisation de l'employé pour le salaire, les avantages et autres formes de rémunération qu'il a perdus;

e. le paiement par l'employeur de dépens raisonnables ainsi que des honoraires d'avocat;

f. le paiement de dommages-intérêt exemplaires; ou

g. une amende de responsabilité civile d'un montant d'au plus 1 000 $ dans le cas d'une première infraction et d'au plus 5 000 $ pour chacune des récidives, amende

---

(71) Ibid., art. 34:19-2.

(72) Ibid., art. 34:19-4.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

devant être payée au trésorier de l'État en vue d'être versée dans le Fonds général(73).

La cour peut également accorder des honoraires d'avocat et des frais de justice raisonnables à l'employeur, s'il se révèle que les poursuites intentées par un employé en vertu de la loi sont sans fondement de droit ou de fait. Selon le même article cependant, on épargnera les frais d'avocat à l'employé qui, ayant déployé des efforts raisonnables après avoir intenté un procès, présente sa démission à l'employeur dans un délai raisonnable après qu'il a été établi que ce dernier ne sera pas tenu de verser des dommages-intérêts(74).

Une autre disposition prescrit que l'employeur affiche à des endroits bien en vue la description des protections et obligations des employés en vertu de la Loi et qu'il utilise tout autre moyen approprié pour tenir ses employés au courant. Chaque affiche doit porter le nom de la (des) personne(s) que l'employeur a désignée(s) pour recevoir les avis écrits prévus par la Loi(75).

Enfin, la Loi dispose qu'aucune disposition de celle-ci ne doit être réputée restreindre les droits, privilèges ou recours dont jouit l'employé en vertu d'une loi ou d'un règlement fédéral ou de l'État, d'une convention collective ou d'un contrat de travail, sauf que le fait d'intenter des poursuites en conformité de la Loi doit être assimilé à une renonciation aux droits et recours prévus dans tout contrat, accord ou règlement, dans toute convention collective, loi de l'État ou règle ou dans la common law(76).

D. New York

Dans l'État de New York, la disposition législative concernant les dénonciateurs dans le secteur public, dans son alinéa a), pose qu'un

---

(73) Ibid., art. 34:19-5.

(74) Ibid., art. 34:19-6.

(75) Ibid., art. 34:19-7.

(76) Ibid., art. 34:19-8.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> employeur du secteur public ne doit ni renvoyer ni prendre, contre un de ses employés, d'autres mesures disciplinaires ou imposer des sanctions touchant son emploi parce que cet employé a fait à un organisme gouvernemental des révélations i) au sujet d'une infraction à une loi, à une règle ou à un règlement, laquelle présente un danger précis et grave pour la santé ou la sécurité du public ou ii) qui, d'après ce que juge l'employé en se fondant sur des motifs raisonnables, est véridique et constitue une action gouvernementale répréhensible. L'expression "action gouvernementale répréhensible" désigne toute action qu'accomplit un employeur ou un employé du secteur public ou un représentant de cet employeur ou employé dans l'exercice de ses fonctions officielles, qu'elle s'insère ou non dans le cadre des fonctions qui lui sont dévolues, et qui est en contravention avec une loi, une règle ou un règlement local, fédéral ou de l'État(77).

D'après l'alinéa b) de la même disposition, l'employé doit, avant de faire des révélations en application de l'alinéa a), s'être efforcé d'informer la personne habilitée à faire des nominations et lui avoir donné le temps d'appliquer les mesures qui s'imposent, à moins que la situation présente un danger grave et imminent pour la santé ou la sécurité du public. L'employé qui invoque l'alinéa b) est réputé avoir informé un organisme gouvernemental conformément à l'alinéa a).

Voici la définition des termes et expressions utilisés dans la disposition ci-dessus:

> 1. Aux fins de cet article,
>
> a) "Employeur du secteur public" ou "employeur" désigne i) l'État de New York, ii) un comté, une ville, un village ou toute autre subdivision politique ou division civile de l'État, iii) une circonscription scolaire ou toute entité gouvernementale exploitant une école publique, un collège ou une université, iv) un district spécial, v) une administration publique, commission ou société mutuelle ou vi) toute autre société publique, agence ou tout organe ou service du gouvernement, qui exerce les pouvoirs de ce dernier en vertu des lois de l'État.

---

(77) New York Consolidated Laws Service, The Lawyers Co-operative Publishing Co., Civil Service Law, alinéa 75-b(2)a).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> b) "Employé du secteur public" ou "employé" désigne toute personne qui a été nommée à un poste ou est autrement employée par un employeur du secteur public, à l'exception des juges du système judiciaire unifié et des membres de l'assemblée législative.
>
> c) "Organisme gouvernemental" désigne i) un fonctionnaire, un employé, une agence, un département, une division, un bureau, un comité, une commission, un conseil, une administration ou un autre organisme relevant d'un employeur public, ii) un employé, un comité, un membre ou une commission du corps législatif du gouvernement, iii) un représentant, un membre ou un employé d'un organe législatif d'un comté, d'une ville, d'un village ou de toute autre subdivision politique ou division civile de l'État, iv) un organisme d'application de la loi ou tout membre ou employé de cet organisme ou v) le pouvoir judiciaire ou tout employé de la magistrature.
>
> d) "Mesure de personnel" désigne une mesure touchant la rémunération, les nominations, les promotions, les mutations, les affectations, les réaffectations, la réintégration ou l'évaluation du rendement(78).

Un employé qui fait l'objet d'un renvoi ou d'une autre sanction disciplinaire en application d'une décision arbitrale définitive et exécutoire ou d'une autre procédure disciplinaire prévue dans une convention collective ou dans une loi locale ou loi de l'État de New York peut plaider devant l'arbitre désigné la conviction raisonnable que la mesure disciplinaire ne lui aurait pas été imposée s'il n'avait pas fait de révélations. Le bien-fondé de cet argument doit être établi dans la décision rendue par l'arbitre ou par la personne chargée de tenir audience. Si l'on conclut que la mesure disciplinaire a été imposée seulement parce que l'employeur a enfreint la disposition de protection contre les représailles, l'arbitre ou le chargé d'audience doit déclarer un non-lieu à l'égard de la procédure disciplinaire entamée ou le recommander. Le cas échéant, l'employé sera ensuite réintégré et touchera son arriéré de salaire ou, dans le cas d'une procédure arbitrale, il pourra entamer d'autres mesures prévues dans la convention collective(79).

---

(78) Ibid., par. 75-b(1).

(79) Ibid., alinéa 75-b(3)a).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

L'employé dont la convention collective interdit à l'employeur d'user de représailles sous forme de mesure du personnel et prévoit le recours à l'arbitrage pour imposer une décision définitive et exécutoire à l'égard des infractions présumées à ces dispositions peut plaider devant l'arbitre qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'il n'aurait pas fait l'objet de pareille mesure s'il n'avait pas fait de révélations. Si l'arbitre juge que l'employeur a pris la mesure de personnel en contravention de la disposition de protection contre les représailles, il peut prendre les mesures correctives autorisées par la convention collective(80). Si la disposition ci-dessus ne s'applique pas à l'employé, celui-ci peut entamer des poursuites devant une cour compétente en respectant les conditions énoncées(81).

Enfin, la Loi stipule qu'aucune de ces dispositions ne doit ni porter atteinte aux droits dont jouit un employeur ou un employé du secteur public en vertu de toute loi, règle ou convention collective ou de tout règlement ni empêcher de prendre une mesure de personnel qui aurait été prise indépendamment des révélations faites(82).

CANADA

À l'heure actuelle, il n'existe au Canada aucune loi fédérale ou provinciale qui garantisse aux divulgateurs du secteur public la même protection que les dispositions en vigueur aux États-Unis, que ce soit à l'échelle fédérale ou dans certains États.

Quelques lois canadiennes fédérales et provinciales, surtout celles se rapportant à des questions liées à l'emploi ou à l'environnement, protègent, dans les limites de leur champ d'application, les employés contre des représailles pour avoir exercé des droits qu'elles leur confè-

---

(80) Ibid., alinéa 75-b(3)b).

(81) Ibid., alinéa 75-b(3)c).

(82) Ibid., par. 75-b(4).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

rent. Par exemple, l'une des dispositions de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement(83) est libellée comme suit:

> 58. (1) La personne non tenue au rapport qui a connaissance d'un rejet dans l'environnement d'une substance en violation des règlements d'application de l'article 54 -- ou de sa probabilité -- peut transmettre les renseignements afférents à l'inspecteur ou à une personne désignée par règlement.
>
> (2) L'auteur du rapport volontaire peut demander la non-divulgation de son identité et de tout renseignement susceptible de la révéler.
>
> (3) Il est interdit de divulguer l'identité de l'auteur du rapport qui a fait la demande visée au paragraphe (2), ou tout renseignement susceptible de la révéler, sans son consentement écrit.
>
> (4) Par dérogation à toute autre loi fédérale, aucun employé d'un ministère, d'une commission ou d'un organisme du gouvernement du Canada ou d'une société assujettie aux règlements d'application de l'article 54, ne peut être réprimandé, renvoyé ou harcelé pour avoir présenté un rapport en vertu du présent article ou de l'article 57.

Dans l'ensemble, les employés du secteur public qui vendent la mèche, au Canada, doivent miser sur la protection offerte par la common law. En effet, en common law, l'employé a envers son employeur le devoir de lui être loyal, d'agir de bonne foi et, lorsque cela s'impose, de taire des renseignements confidentiels(84). Le devoir de loyauté sous-entend l'obligation d'accomplir certaines tâches avec habileté et application, de s'abstenir de toute duperie quant au contrat de travail, d'éviter d'avoir des relations professionnelles, rémunérées ou non, dont les intérêts ne cadrent pas avec ceux de l'employeur et de se comporter en tout temps de façon à ne pas mettre son employeur dans l'embarras(85). Le devoir de

---

(83) S.C. 1988, c. 22.

(84) Commission de réforme du droit de l'Ontario, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, Ministère du Procureur général, 1986, p. 35.

(85) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

bonne foi exige de l'employé qu'il s'acquitte des tâches qui lui sont assignées pour le plus grand avantage de son employeur(86). Enfin, l'employé peut être dans l'obligation de tenir des renseignements secrets jusqu'à ce l'employeur le dégage de cette obligation. Celle-ci peut découler d'un contrat ou être imposée à un employé par equity lorsque l'employeur lui confie des renseignements confidentiels à la condition que ces renseignements ne soient pas divulgués sans sa permission. Une obligation de "confidence" peut en outre naître de la nature particulière des rapports qui lient l'employeur et l'employé(87).

Un employé peut se sentir obligé de manquer à ses devoirs pour dénoncer une confidence ou un renseignement, s'il estime agir dans l'intérêt du public. Dans pareilles circonstances, l'employeur prend généralement des mesures disciplinaires, parmi lesquelles figure évidemment le renvoi. Face à une telle sanction, certains employés ont cherché à obtenir une protection en s'adressant aux tribunaux ou, s'ils étaient assujettis à une convention collective, au moyen de la procédure de grief.

Les tribunaux ont permis que soit invoqué de façon très limitée l'argument de l'intérêt public dans les cas où la faute dénoncée était grave, et l'intérêt de faire les révélations, manifeste. Les tribunaux ont fait ressortir la nécessité pour l'employé d'épuiser d'abord les recours internes, de s'assurer de la véracité de ses propos et de faire preuve de jugement sans les actes qu'il pose. Les arbitres ont appliqué des critères semblables. Dans l'ensemble, on peut dire que la gamme de protections offertes aux employés est loin d'être vaste et que ceux-ci peuvent gravement compromettre leur carrière s'ils manquent à leurs obligations envers leur employeur.

Un employé du gouvernement a les mêmes obligations de loyauté, de bonne foi et de respect du caractère confidentiel de certains renseignements que les employés travaillant pour un autre employeur; cela peut entrer en contradiction avec l'intérêt public pour ce qui touche le gouvernement "ouvert", la façon appropriée d'affecter les deniers publics, la santé publique et caetera.

---

(86) Ibid., p. 36.

(87) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Dans son rapport publié en 1986(88), la Commission de réforme du droit de l'Ontario (CRDO) a conclu, entre autres, que les employés du gouvernement ne devraient pas avoir à miser sur la seule notion d'intérêt public en common law pour se défendre s'ils sont réprimandés pour avoir fait des révélations, mais qu'il devrait plutôt exister des protections législatives. Fait plus important encore, il devrait exister un mécanisme permettant à ces employés de faire des révélations sous le sceau du secret à une tierce partie impartiale, qui vérifierait les faits et les rendrait publics, s'il y avait lieu.

La Commission a donc recommandé la création d'un Bureau de conseils juridiques (OSC) s'inspirant du système établi à l'intention des employés fédéraux aux États-Unis et dont il a été question précédemment dans le présent document. Ce Bureau aurait pour fonction de légitimer la révélation de fautes graves commises au sein du gouvernement. Les employés du gouvernement seraient mis à l'abri de représailles pour avoir divulgué des renseignements que l'intérêt public exigeait de divulguer et ayant trait à une infraction à une loi ou à un règlement, à des erreurs de gestion, au gaspillage, à l'abus de pouvoir, à un danger pour la santé ou la sécurité du public ou à d'autres fautes du genre.

Voici, en bref, le fonctionnement prévu du Bureau:

- Un employé inquiet expose les faits à un conseiller juridique du Bureau sous le sceau de la confidence.

- Si le conseiller estime que ces renseignements constituent un témoignage de faute de la part du gouvernement et que l'intérêt du public exige qu'ils soient divulgués, il demande à l'organisme visé de présenter un rapport.

- Le rapport doit être présenté dans les 30 jours, ou plus tôt, s'il y a lieu.

- Le rapport de l'organisme et la déposition de l'employé sont versés dans un dossier public, si le conseiller estime qu'il y a eu méfait, à moins que la diffusion des renseignements ne nuise à une enquête de la police ou à d'autres enquêtes.

---

(88) Commission de réforme du droit de l'Ontario, Report on Political Activity, Public Comment and Disclosure by Crown Employees, Ministère du Procureur général, 1986.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

- Si l'organisme soutient que les renseignements visés par le rapport sont confidentiels, le conseiller peut demander à une cour de délivrer une injonction obligeant l'organisme à fournir les renseignements demandés; la cour prendrait en considération l'intérêt public justifiant la divulgation des renseignements par rapport à la nécessité de les tenir confidentiels.

Enfin, outre qu'il remplirait le rôle décrit ci-dessus, le Bureau donnerait aux employés une opinion préliminaire quant à l'existence d'une faute de la part du gouvernement. Les employés ayant fait l'objet d'une réprimande pourraient ne pas avoir recours aux services du Bureau et tenter leur chance en fondant leur défense sur la common law, mais la Commission s'attendrait à ce qu'on fasse appel aux services du Bureau dans la plupart des cas.